RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por **Héctor Alegria** y **Graciela Medina**

Año VIII | Número 2 | Abril 2022

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

COORDINADORES:
José H. Sahián
María Carolina Abdelnabe Vila

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.: 0810-266-4444

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

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de abril de 2022, 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

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

Dirigida por **Héctor Alegria** y **Graciela Medina**

Año VIII | Número 2 | Abril 2022

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

COORDINADORES:
José H. Sahián
María Carolina Abdelnabe Vila

COMITÉ HONORARIO:
Bueres
Echeverry
Manóvil
Richard
Rivera
Tobías
Uzal

COMITÉ ACADÉMICO:
Chomer
Compagnucci de Caso
Córdoba
Hernández
López Herrera
Márquez
Molina Sandoval
Müller
Paolantonio
Parellada
Picasso
Pizarro
Saux
Sicoli
Solari
Stiglitz
Vázquez Ferreyra
Vergara

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

DOSSIER

Protección de datos personales

Régimen argentino de protección de datos personales
Marina Basavilbaso 5

Hacia dónde vamos con la protección de los datos personales: ¿cómo se protege en Europa la privacidad de las personas? ¿Y por qué debería importarte?
María Soledad Capozzi Miranda 11

Procesamientos automatizados: reflexiones sobre la aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales vigente
Agustina Sirvén 18

Fuentes de filiación

La voluntad procreacional como fuente de filiación
Eduardo A. Sambrizzi 31

Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno
Candela Gómez Franco 39

La adopción en la actualidad argentina: entre lo normado y la práctica observada
Moira Revsin 59

FAMILIA

Doctrina

La alienación parental como grave disfunción familiar
Mauricio Luis Mizrahi 75

Comentarios Jurisprudenciales

ADOPCIÓN PLENA
Convocatoria pública. Niño que padece una discapacidad. Pretensos adoptantes con hipoacusia y que no estaban anotados en el Registro de Adopción. Concesión. Pedido de cambio de nombre que no afecta la identidad del niño 113

Sorteando los obstáculos que despliegan terceros (a veces sin ánimo de discriminar) hacia la discapacidad
Luz M. Pagano 121

SUCESIONES

Comentarios Jurisprudenciales

SUCESIÓN
Muerte del cónyuge. Cese de la convivencia. Inexistencia de un proyecto de vida en común. Exclusión de la vocación hereditaria. Liquidación de la sociedad conyugal 135

Exclusión de derechos hereditarios del cónyuge: la voluntad de ambos esposos, aun no conviviendo, ¿es suficiente para mantener el proyecto de vida en común?
Avelino Rolon 141

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

VIOLENCIA DE GÉNERO
Daños y perjuicios. Indemnización. Demandado obligado a realizar un curso tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres 153

El resarcimiento de los daños cuando la mujer es víctima de violencia. La justicia terapéutica como prevención de nuevos daños
José Daniel Mendelewicz 164

INDEMNIZACIÓN
Incapacidad sobreviniente. Modo de determinación del monto. Cálculos matemáticos. Daño moral. Alcance. Intereses 167

De fórmulas matemáticas, discrecionalidades y prejuicios irrazonables
Carlos A. Schiavo 168

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

DESALOJO POR INTRUSIÓN
Legitimación activa de quien alega ser poseedor. Alcances. Inadmisibilidad de la vía intentada. Rechazo 185

Algunas precisiones sobre la acción de desalojo por intrusión, la posesión *prima facie* y la posesión ilegítima de mala fe
Florencia Rodríguez Nasuti 191

SOCIEDADES

DOCTRINA

Stock options en *startups:* en la Argentina y los Estados Unidos
Nicolás Malumián - Mike Simmons 203

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

JUSTICIA GRATUITA
Beneficio del consumidor. Interpretación del art. 53 de la LDC 229

A propósito del fallo plenario "Hambo" sobre el beneficio de gratuidad
Leandro M. Castelli - Alejo M. Gascón 287

Naturaleza y extensión del beneficio de justicia gratuita en procesos individuales de consumo
Franco Raschetti 299

TRANSPORTE DE PERSONAS
Pasajero de colectivo impactado por una piedra arrojada desde el exterior. Obligación de seguridad. Relación de consumo. Daños y perjuicios. Responsabilidad 316

El deber de seguridad y sus alcances en el marco de una relación de consumo entablada entre el usuario y la empresa de transporte de pasajeros
Santiago J. Peral 321

RELACIÓN DE CONSUMO
Uso irregular de la cuenta bancaria del consorcio. Falsificación de firmas. Existencia de relación de consumo entre el administrador y el consorcio de propietarios. Inexistencia de relación de consumo entre el administrador y cada copropietario. Rechazo de la demanda de daño punitivo y material. Disidencia 330

La relación de consumo: un concepto transversal y expansivo
Marcelo C. Quaglia 339

DERECHO A LA SALUD

DOCTRINA

El género y la salud mental
Gabriela Robles 353

DOSSIER

Protección de datos personales

Régimen argentino de protección de datos personales

Marina Basavilbaso (*)

Sumario: I. Introducción. Un breve repaso histórico.— II. Apuntes iniciales sobre la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico argentino.— III. El caso particular de los datos sensibles.— IV. Conclusión.

I. Introducción. Un breve repaso histórico

En ocasión de esta edición de la revista del Cód. Civ. y Com. me propuse hacer un repaso del régimen argentino de protección de datos personales. El objetivo de este artículo es proporcionar a quienes no conozcan cómo nuestro ordenamiento regula el procesamiento de datos personales una primera aproximación a la materia.

Si bien la protección de la privacidad tiene orígenes mucho más antiguos, las primeras regulaciones en materia de procesamiento de datos personales como hoy las conocemos surgieron en Europa en los años setenta a raíz de la proliferación de los entonces llamados "ficheros automáticos". Una década más tarde, en enero de 1982 el Consejo de Europa firmó el *Convenio para la Protección de las Personas con respecto al Tratamiento Automatizado de Datos de Carácter Personal* (en adelante, el "Convenio 108"), que sentó las bases de las regulaciones modernas. El Convenio 108 reconoció la necesidad de que los países miembros procuraran una regulación uniforme para garantizar a nivel regional una protección homogénea de los datos personales a través del cumplimiento obligatorio de los siguientes principios básicos que siguen siendo hoy los principios que rigen esta materia:

1. Licitud: los datos personales deben obtenerse de manera legítima y procesarse con finalidades lícitas. Deben ser exactos y estar actualizados, y deben conservarse durante un tiempo que sea razonable en relación con la finalidad para la que fueron obtenidos.

2. Los datos sensibles **(1)** merecen un tratamiento especial y solo deben procesarse cuando estén garantizadas las medidas de seguridad adecuadas para protegerlos con mayor nivel de cuidado.

3. El procesador debe tomar las medidas de seguridad necesarias para proteger los datos procesados.

4. Toda persona tiene derecho a saber que sus datos están siendo procesados, y debe gozar de los derechos de acceso, rectificación y supresión.

Además, el Convenio 108 sentó las bases para lo que en su momento se denominó el "flujo transfronterizo de datos", cuestión que hoy en día sigue siendo una de las más debatidas en materia de privacidad. Ya entonces se prohibía limitar o someter a autorización el flujo libre de datos personales entre los Estados Miembros (con excepciones), aunque no se prohibía ni limitaba el flujo con terceros países como sí ocurrió más adelante.

(*) Abogada por la UCA, promoción 2013. Realizó el Máster en Derecho Empresario de la Universidad Austral y el Posgrado en Derecho Internacional Comparado en la Southwestern Institute of Dallas en Texas, EE. UU. Es consejera de Pérez Alati, Grondona, Benites & Arntsen, especialista en Derecho de la Tecnología, Medios y Telecomunicaciones, así como en Datos Personales.

(1) El art. 7 del Convenio 108 en aquel momento ya consideraba que eran datos sensibles aquellos que "revelen el origen racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas u otras convicciones, así como los datos de carácter personal relativos a la salud o a la vida sexual".

De allí a esta parte surgieron en Europa numerosas leyes nacionales y normas regionales, hasta llegar al ya conocido Reglamento General de Protección de Datos Personales de la Unión Europea (Reglamento 2016/679) que se aprobó en 2016, entró en vigencia en mayo de 2018 y que volvió a sacudir el tablero, esta vez causando un impacto grande, que fue mucho más allá de las fronteras de Europa (en adelante, el "Reglamento Europeo de Privacidad").

En nuestra región, el surgimiento de las leyes de privacidad se dio a fines de los años noventa de la mano de la primera ley brasilera de protección de datos personales aprobada en 1997. En Argentina, la Ley Nacional de Protección de Datos Personales 25.326 (en adelante la "LNPDP" o la "ley") fue aprobada en el año 2000, y su Decreto Reglamentario 1558/2001 en 2001, y si bien fue bastante pionera en su momento, no ha sufrido modificaciones sustanciales desde entonces. Si uno considera que el procesamiento de datos personales se realiza prácticamente en su totalidad a través de medios tecnológicos, y que grandes plataformas tecnológicas de la actualidad están basadas en el procesamiento masivo de datos, fácilmente puede inferir que una ley con 22 años de antigüedad ha quedado definitivamente desactualizada. Naturalmente, la LNPDP tiene normas que la complementan y en cierto punto la han ido modernizando, pero eso no ha suplido la necesidad de una actualización más profunda y sistemática, que replantee cuestiones relevantes, y descarte algunas regulaciones antiguas que ya no tienen razón de ser.

Entre las normas que han complementado y modernizado nuestro régimen recientemente destacamos (y celebramos) la importancia de la aprobación en 2016 de la ley 27.275 de Acceso a la Información Pública (la "Ley de Acceso a la Información Pública"). Como el nombre lo indica, el objeto de esta ley está acotado a la información que está en manos del Estado, pero esto no le quita relevancia, ya que, si bien en los últimos años el foco se ha puesto en el procesamiento por parte de instituciones privadas, el Estado es el más grande de los procesadores de datos. Además, la Ley de Acceso a la Información Pública creó la Agencia de Acceso a la Información Pública (la "AAIP", la "Agencia" o la "Autoridad de Control") y le dio a la autoridad de control de la LNPDP autarquía, cuestión que es sumamente relevante para que la Argentina siga siendo calificada como país seguro por el Comité Europeo de Protección de Datos.

Además de la Ley de Acceso a la Información Pública, aunque en menor medida, son también relevantes la res. AAIP 47/2018 con recomendaciones de seguridad; la res. AAIP 4/2019 con criterios orientadores e indicadores de mejores prácticas; y por su relevancia para facilitar la transferencia internacional de datos, la disp. DNPDP 60/2016, y la res. AAIP 159/2018.

Por otro lado, en los últimos años se ingresó más de un proyecto de ley para modificar la LNPDP, entre esos proyectos se destaca el proyecto que ingresó el entonces presidente de la Nación Mauricio Macri en septiembre de 2018 (el "Proyecto de Reforma"). Aquel proyecto buscaba modificar de manera íntegra la LNPDP y recogía de buena manera la mayor parte de las actualizaciones en la materia introducidas en Europa por el Reglamento Europeo de Privacidad. Lamentablemente dicho proyecto no prosperó y al día de hoy sigue pendiente una actualización que confiamos llegará más pronto que tarde.

II. Apuntes iniciales sobre la protección de datos personales en el ordenamiento jurídico argentino

Hoy, a cuarenta y un años de la firma del Convenio 108, podemos decir con confianza que en nuestro ordenamiento jurídico casi toda la información está protegida de alguna manera. La LNPDP define "datos personales" como: "información de cualquier tipo referida a personas físicas o de existencia ideal determinadas o determinables". La definición es sin duda muy amplia, de hecho, incluye la información de personas jurídicas, cosa que no es habitual en las regulaciones más modernas. Además, el hecho de que se incluya a las personas "determinables" implica que, aunque cierta información no esté inicialmente relacionada con una persona, si el dato y su titular pueden asociarse —aunque para ello haya que implementar una serie de mecanismos o esfuerzos— la información en cuestión será considerada y protegida como dato personal.

Los datos personales de una persona van desde su información más básica como el nombre, la edad o el sexo, hasta sus datos más sensibles como la religión que profesa, su afiliación política o gremial, entre tantos otros. Entonces, en definitiva, todo lo que es, hace, dice o profesa una persona es información personal suya y constituye un bien jurídico protegido por esta ley nacional de orden público y tratados internacionales. Además, la ley abarca todo tipo de procesamiento, tanto el realizado por personas públicas como privadas. Solo parece quedar afuera del alcance de la ley el procesamiento que hacen las personas físicas para su uso personal, y la información que se procesa completamente disociada.

Pero ¿de qué exactamente nos protege la LNPDP, cómo se protege la privacidad y qué derechos otorga?

Como la información es intangible y se puede reproducir sin límites, durante mucho tiempo, la información personal de todos estuvo, de alguna manera a disposición de todos. Bastaba con tener acceso a la información de alguien para pasar a ser "dueño" de esa información obtenida y poder reproducirla, compartirla, analizarla, asociarla con otra información, etc. Sin embargo, a partir del surgimiento de las normas de privacidad la información personal pasó a ser un bien jurídico protegido, y hoy nadie puede acceder, usar, procesar, ceder o almacenar (entre otras acciones reguladas) información personal sin el consentimiento de su titular, y en caso de que alguien intente hacerlo o lo haga, existen herramientas jurídicas para impedirlo o detenerlo.

A continuación, se enumeran los requisitos que debe cumplir un procesamiento de datos para que este pueda ser considerado lícito.

II.1. El consentimiento

El procesamiento debe ser consentido por el titular de los datos, salvo en los casos en los que la LNPDP prevé expresamente que el consentimiento no es necesario.

El consentimiento que brinda el titular de los datos a procesar debe ser expreso, libre e informado. Según la LNPDP el consentimiento no es necesario cuando: (i) los datos se obtengan de fuentes de acceso público irrestricto; (ii) se recaben para el ejercicio de funciones propias de los poderes del Estado o en virtud de una obligación legal (iii) se trate de listados cuyos datos se limiten a nombre, documento nacional de identidad, identificación tributaria o previsional, ocupación, fecha de nacimiento y domicilio; (iv) deriven de una relación contractual, científica o profesional del titular de los datos, y resulten necesarios para su desarrollo o cumplimiento; y (v) se trate de las operaciones que realicen las entidades financieras y de las informaciones que reciban de sus clientes conforme las disposiciones del art. 39 de la ley 21.526 de Entidades Financieras.

Estas excepciones deben ser aplicadas de manera restrictiva **(2)** y en la práctica el consentimiento generalmente se recaba a través de la aceptación de términos y condiciones de uso, contratos de adhesión a servicios o programas o cuestiones similares, ya que la expresión del consentimiento debe ser precedida de la información mínima con la que debe contar el titular del dato para poder consentir el procesamiento **(3)**.

II.2. La finalidad

La finalidad con la que se procesan los datos debe ser informada y consentida por el titular, pero además no puede ser contraria a las leyes o a la moral pública. Si bien este requisito no había dado mucho de qué hablar, ha tomado mayor protagonismo en los últimos años con el caso de Cambridge Analytica y la entrada en vigencia del Reglamento Europeo de Privacidad que ha incorporado entre los llamados "nuevos principios" el principio de la limitación de la finalidad. Este principio prevé que "[l]os datos personales serán recogidos con fines determinados, explícitos y legítimos, y no serán tratados ulteriormente de manera incompatible con dichos fines (...)" y prevé que los fines explícitos y legítimos deberán determinarse en el momento de la recogida de los datos.

II.3. Registración de las bases de datos

El art. 3° de la LNPDP prevé: "La formación de archivos de datos será lícita cuando se encuen-

(2) "Torres Abad, Carmen c. EN-JMG s/ habeas data".

(3) Ver art. 6 LNPDP.

tren debidamente inscriptos, observando en su operación los principios que establece la presente ley y las reglamentaciones que se dicten en su consecuencia".

Este es uno de los ejemplos que con más claridad evidencia la vejez de nuestra LNPDP. Según lo establece la norma, toda persona física o jurídica **(4)** debería registrar todos sus archivos o bases de datos en el Registro Nacional de Bases de Datos. Al momento del surgimiento de la ley, eran menos frecuentes los "bancos de datos" y la LNPDP buscó con este requisito tener bajo control a aquellos que se dedicaran a generar ficheros o bancos de datos, para asegurar el cumplimiento de la normativa. Sin embargo, hoy sería imposible registrar y mantener actualizado un registro nacional con todas las bases de datos que constantemente se crean, actualizan y eliminan.

Sabemos que la AAIP abogó hace algunos años por la supresión de este requisito legal, de hecho, el Proyecto de Reforma preveía abandonar este requisito por considerar que "la experiencia ha demostrado poco útil, y cuyo cumplimiento no ha sido del todo adecuado". Como la eliminación no se terminó concretando, se optó por modernizar el registro para que el ahora llamado "empadronamiento" se realice únicamente una única vez, salvo modificaciones sustanciales a las bases registradas. Téngase presente que hasta el año 2018 era necesario hacer una presentación anual en papel con firma certificada por escribano público por cada base de datos que tuviera una compañía. Además, hoy la Agencia solo exige formalmente el registro de las bases de datos de empleados, de proveedores, de clientes y de cámaras de videovigilancia (asumiendo que esas bases existen necesariamente). Tampoco podemos dejar de mencionar que esta exigencia de la ley ha sido perseguida en ocasiones muy excepcionales, y que el incumplimiento ha sido únicamente sancionado (hasta donde tenemos conocimiento) en casos en los que antes había sido formalmente exigido por la autoridad.

En pocas palabras, esta sigue siendo una exigencia de la ley que ha quedado muy desactualizada por haber perdido su razón de ser y que esperamos pronto sea eliminada.

II.4. Confidencialidad y seguridad

La LNPDP prevé: "El responsable y las personas que intervengan en cualquier fase del tratamiento de datos personales están obligados al secreto profesional respecto de los mismos. Tal obligación subsistirá aun después de finalizada su relación con el titular del archivo de datos".

El deber de confidencialidad naturalmente puede ser relevado por orden judicial y cuando medien razones fundadas en la seguridad pública.

Para poder cumplir con este requisito de confidencialidad es necesario que el responsable arbitre todos los medios "técnicos y organizativos" que sean razonables para poder asegurar la confidencialidad de los datos. Este requisito genérico fue regulado con mayor detalle recientemente a través de la res. AAIP 47/2018 a través de la cual la Autoridad de Control dispuso una serie de medidas de seguridad recomendadas para el tratamiento y conservación de los datos personales en medios informatizados y no informatizados. Téngase presente que según lo dispone la propia res. 47, dichas medidas son recomendaciones y no han sido dispuestas como obligaciones por la autoridad.

Entre las medidas de seguridad recomendadas por la res. 47 antes mencionada merece una mención especial la recomendación de notificar a la AAIP en caso de un incidente de seguridad. Decimos que merece una mención especial porque los reportes de incidentes son obligatorios en muchas jurisdicciones y muchas instituciones los han adoptado como un uso de "mejores prácticas" para los países como el nuestro en el que no es exigido por la ley. Según la recomendación de la res. 47 el reporte debería realizarse por correo electrónico a la AAIP con información sobre el incidente y los protocolos aplicados. Si el incidente debe ser además reportado a los titulares de los datos es un tema aparte que merece un análisis más profundo, pero los deberes de cuidado y de no dañar establecidos en nuestro Cód. Civ. y Com. parecen inferir que en muchos casos es conveniente, sobre todo cuando el incidente pueda generar un

(4) Con excepción de aquellas bases de datos que se crean para el solo uso personal.

daño que puede ser mitigado por el titular si lo conoce a tiempo.

II.5. Derechos de información, acceso, rectificación y supresión

El procesamiento de datos en Argentina solo es legítimo si, además de cumplir con los requisitos enumerados en los párrafos precedentes, les otorga a los titulares de los datos los derechos de información, acceso, rectificación y supresión.

El derecho a la información está recogido en diferentes artículos de nuestra LNPDP, pero esencialmente consiste en que el titular de los datos siempre debe ser informado del hecho de que sus datos están siendo procesados, por quién están siendo procesados, dónde, cómo y para qué. Esta información debe brindarse siempre al titular de los datos cuyo consentimiento se recaba para el procesamiento.

Los derechos de acceso, rectificación y supresión son comúnmente conocidos como los derechos "ARCO" (por las siglas de acceso, rectificación, cancelación y oposición) y son internacionalmente reconocidos como los derechos básicos que tienen los titulares de datos personales. Tal como las denominaciones mismas lo infieren, consisten en el derecho de acceder a las bases de datos para conocer qué datos de uno se están tratando; rectificarlos en caso de que sean incorrectos o estén desactualizados; suprimirlos o cancelarlos en caso de que el titular quiera revocar el consentimiento que prestó para el consentimiento (o, por supuesto, que decida retirar sus datos de un banco que no le requirió su consentimiento en primer lugar); y oponerse al procesamiento.

Los derechos de acceso, rectificación y supresión deben ser anunciados al titular de los datos con claridad, y deben poder ser ejercidos de manera gratuita. La LNPDP prevé que el derecho de acceso se ejerza una vez cada seis meses como máximo, pero no prevé intervalos específicos para los derechos de rectificación y supresión, ya que estos deberían poder ser ejercidos en cualquier momento, cuando corresponda la actualización o se requiera la supresión.

Además, el responsable del procesamiento debe responder a los requerimientos de acceso dentro de un plazo de 10 días corridos, y a los requerimientos de rectificación y supresión dentro de un plazo de 5 días hábiles. Naturalmente, quien solicita el acceso, rectificación o supresión deberá demostrar su legitimidad a través de la exhibición de su documento nacional de identidad o a través de documentos que demuestren el vínculo o motivo que legitima la solicitud (por ejemplo, en el caso de padres que ejercen los derechos por sus hijos menores).

Si bien durante muchos años los derechos ARCO fueron considerados los derechos de privacidad por excelencia, el Reglamento Europeo de Privacidad introdujo los derechos que hoy se conocen como derechos de nueva generación, que no están recogidos por nuestro ordenamiento. Estos "nuevos derechos" son:

1) derecho a la transparencia;

2) derecho a la supresión **(5)**;

3) derecho de limitación; y

4) derecho a la portabilidad.

No haré un análisis de estos "nuevos derechos" ni de la conveniencia de recogerlos porque ello escapa el objeto de este análisis, pero sí parece conveniente introducir al lector respecto del hecho de que las normas más modernas han ido recogiendo nuevos derechos que, dependiendo de la coyuntura de cada país o región pueden resultar convenientes o no.

III. El caso particular de los datos sensibles

Habiendo hecho un breve repaso sobre el régimen general del procesamiento de datos personales en Argentina, me gustaría hacer un poco más de hincapié en la cuestión de los denominados datos sensibles.

(5) Téngase presente que lo que el texto en Castellano del Reglamento Europeo de Privacidad llama derecho de supresión no es lo mismo que lo que en nuestra ley se recoge con esa misma palabra. La LNPDP se refiere a la posibilidad de eliminar una información determinada de una base, mientras que el derecho a la supresión europeo se refiere al conocido como "Derecho al Olvido", no recogido por nuestra normativa e incluso rechazado por la jurisprudencia nacional en reiteradas ocasiones.

La LNPDP define datos sensibles como "[d]atos personales que revelan origen racial y étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, afiliación sindical e información referente a la salud o a la vida sexual". En las regulaciones más modernas, la definición de datos sensibles ha ido evolucionando hacia una definición más amplia, por ejemplo, en el Proyecto de Reforma se definía a los datos sensibles como "datos personales que afectan la esfera íntima de su titular con potencialidad de originar una discriminación ilícita o arbitraria, en particular, los que revelan origen racial o étnico, opiniones políticas, convicciones religiosas, filosóficas o morales, participación o afiliación en una organización sindical o política, información referente a la salud, preferencia o vida sexual". Sin embargo, más allá de las definiciones adoptadas, hoy todos coinciden en que los datos de salud y los datos que tienen la potencialidad de generar una discriminación de cualquier tipo deben ser protegidos como datos sensibles.

Pero lo que presenta un caso particular en nuestro ordenamiento no es la definición de datos sensibles, sino que según la LNPDP "[l]os datos sensibles solo pueden ser recolectados y objeto de tratamiento cuando medien razones de interés general autorizadas por ley. También podrán ser tratados con finalidades estadísticas o científicas cuando no puedan ser identificados sus titulares". Es decir que en Argentina no basta con tener el consentimiento del titular del dato para poder procesar sus datos sensibles, sino que es necesario que una ley específicamente lo autorice.

Si bien la Autoridad de Aplicación se ha manifestado en algunos expedientes privados al hecho de que una interpretación armónica de la norma permitiría procesar datos sensibles con el consentimiento expreso de su titular, lo cierto es que la letra de la ley no lo autoriza y hacerlo entraña un riesgo que dependiendo del caso podrá ser calificado entre moderado y alto, pero que no se puede descartar.

El problema de que la ley no autorice expresamente a procesar datos sensibles en base al consentimiento de sus titulares es que, en muchos casos, el procesamiento de este tipo de datos es indispensable para el desarrollo de nuevos medicamentos, para mejorar tratamientos, para mejorar políticas de diversidad, etc. No parece tener mucho sentido que las personas que sufren una enfermedad determinada no puedan autorizar a una organización no médica a que procese sus datos para un estudio, o que personas que se consideran parte de una minoría no puedan autorizar a terceros a que recaben sus datos para mejorar políticas de diversidad en la institución en la que trabajan, por ejemplo.

Téngase presente que los datos sensibles sí pueden procesarse si están disociados de manera irreversible **(6)**, pero muchas veces la disociación empobrece u obstruye la calidad de los resultados de las investigaciones. Creo que en este aspecto debería adoptarse la modificación propuesta en el Proyecto de Reforma, que en su art. 16 preveía la legitimación del procesamiento de datos sensibles con base en el consentimiento de sus titulares.

IV. Conclusión

Para concluir, creo que definitivamente la Argentina es un país que puede seguir considerándose seguro en materia de privacidad, porque nuestra normativa, si bien es vieja y está desactualizada, tiene sentadas las bases para una protección sólida de los datos personales. Sin embargo, creo que deberían aprovecharse algunos proyectos de reforma que recogieron muy bien las tendencias internacionales más actuales para actualizar nuestra normativa y volver a ponernos a la altura de los países más modernos en materia de privacidad, como fuimos hasta hace pocos años.

(6) La Dra. CABRERA, María Laura en "La protección de datos sensibles en las investigaciones clínicas" publicado en la página web del Ministerio de Salud de la Nación distingue dos tipos de disociaciones que surgen de la ley: el primero es aquél en el que se preserva la identidad del titular [art. 11 inc. d)] pero el titular es eventualmente identificable por un grupo de personas (por ejemplo el médico a cargo de la recolección de un grupo de datos); y el segundo tipo de disociación es la disociación irreversible, en la que se han aplicado mecanismos que no permiten que el titular sea identificado por nadie.

Hacia dónde vamos con la protección de los datos personales: ¿cómo se protege en Europa la privacidad de las personas? ¿Y por qué debería importarte?

María Soledad Capozzi Miranda (*)

Sumario: I. Introducción.— II. ¿A quién protege esta normativa? ¿Quién debe cumplirla?— III. ¿Qué requisitos se exigen para proteger la privacidad?

I. Introducción

¿Sabías que analizando tu comportamiento en una red social como Instagram o Facebook se podrían observar patrones psicológicos de tu personalidad, gustos, intereses y hacer un perfilado exacto de tu persona que podrían influenciarte a través de los mensajes publicitarios de la red social? ¿Alguna vez te has puesto a pensar por qué no todos tenemos acceso a las mismas publicidades a través de estas redes sociales? ¿Eres consciente de hasta dónde puede llegar a manipular el comportamiento de un ciudadano una campaña publicitaria o propaganda política?

Pues por mucho que parezca una novela de ciencia ficción, está demostrado que las redes sociales tienen un impacto significativo en el comportamiento de los ciudadanos y existen casos reales en los que se demuestra que el uso de los datos de carácter personal de los ciudadanos hasta podría llegar a definir en la elección presidencial de los Estados Unidos o en que el Reino Unido deje de formar parte de la Unión Europea.

Un caso resonante de manipulación de las redes sociales es el del uso de los datos de la empresa Cambridge Analytica, que combinaba la minería de datos y el análisis de datos con la comunicación estratégica para procesos electorales. A través de un análisis realizado por la Autoridad de Protección de Datos de Reino Unido, hemos podido saber que Facebook (la nueva denominada Meta), enviaba a esta empresa no solo datos de los usuarios que iniciaban sesión en su aplicación a través de la red social, que se estima fueron aproximadamente unas 300.000 personas a nivel mundial, sino también datos de los amigos de estas personas, que ni siquiera tenían conocimiento de esto, lo que amplió el acceso a datos de 87 millones de personas de todo el mundo **(1)**.

(*) Abogada recibida en la Universidad Católica Argentina, ha realizado 2 máster especializándose en la Asesoría Jurídica de Empresas, en la Universidad Carlos III en España y sobre Derecho, Tecnologías y Telecomunicaciones en la Universidad Camilo José Cela. En 2019, se ha certificado como delegada de protección de datos conforme el Esquema de la Agencia Española de Protección de Datos y ejerce este rol en Openbank SA, el banco digital que pertenece al Grupo Santander. También es profesora en la Universidad de Nebrija en el Máster de Protección de Datos y Seguridad de la entidad.

(1) Carta emitida por Elizabeth Denham, representante de la ICO.https://ico.org.uk/about-the-ico/news-and-events/news-and-blogs/2020/10/blog-the-conclusion-of-the-ico-s-investigation-into-the-use-of-personal-data-in-political-campaigning/. Referencia en página 15.

¿Puedes imaginarte que tus datos personales los tenga una empresa y ni siquiera seas consciente de ello? ¿Y que esta información haya sido usada para definir la campaña política de una elección presidencial en los Estados Unidos y que haya podido ser hasta vinculante para sus resultados? ¿Creerías que este comportamiento es lícito? Pues sin una normativa que lo regule o existiendo una laguna jurídica en este aspecto, definitivamente sí que podría serlo.

Por situaciones como las previamente mencionadas, y por muchas otras que invadían la privacidad de los ciudadanos de la Unión Europea, como el desarrollo constante de nuevas tecnologías como la inteligencia artificial o *machine learning,* que permiten analizar grandes cantidades de datos para obtener resoluciones sobre ciertas cuestiones que se pueden plantear empresas o instituciones públicas, como saber si un ciudadano va a poder afrontar el pago de un préstamo o si su historial médico puede definir la posibilidad de que tenga una enfermedad, surge la necesidad de regular la protección de los datos de carácter personal y se promulga en 2016 el Reglamento Europeo de Protección de datos (GDPR, por sus siglas en inglés) **(2)**, que entra en vigor el 25 de mayo de 2018.

II. ¿A quién protege esta normativa? ¿Quién debe cumplirla?

En primer lugar, hay que tener en cuenta que esta normativa aplica no solo para proteger los derechos de los residentes en la Unión Europea, sino que también tiene como objetivo que las empresas que prestan servicios en dicho territorio deban cumplir con las exigencias regulatoria sin perjuicio de que puedan estar prestando un servicio para otro país que no se encuentre en esta.

Así se refleja en el art. 3.1 de la normativa GDPR: "se aplica al tratamiento de datos personales en el contexto de las actividades de un establecimiento **(3)** del responsable **(4)** o del encargado **(5)** en la Unión, independientemente de que el tratamiento tenga lugar en la Unión o no". De esta forma, si un establecimiento se encuentra dentro de la Unión Europea, pero presta servicios para datos de interesados que residan de Argentina, de acuerdo la normativa GDPR, esta debe aplicarse.

También aplica a los datos personales de los interesados que residan en la Unión, independientemente de si el responsable o encargado se encuentre dentro de esta y siempre que realice actividades relacionadas con la oferta de bienes o servicios a dichos interesados en la Unión o si el control de su comportamiento **(6)** se realiza en esta.

En este aspecto, lo que quiere destacarse es que la ausencia de un establecimiento en la Unión Europea no excluye la aplicación de la normativa, siempre que los interesados residan en ella. Un claro ejemplo sería una empresa que ofrece servicio de compraventa de licencias de *software* en diferentes países de la Unión Europea pero que se encuentra establecida en Argentina, no tiene sede ni presencia comercial ni establecimiento en la Unión Europea, pero si

(2) Reglamento (UE) 2016/679 del Parlamento Europeo y del Consejo de 27 de abril de 2016 relativo a la protección de las personas físicas en lo que respecta al tratamiento de datos personales y a la libre circulación de estos datos y por el que se deroga la Directiva 95/46/CE (Reglamento general de protección de datos).

(3) Consid. 22 de GDPR, establece que el "establecimiento implica el ejercicio de manera efectiva y real de una actividad a través de modalidades estables."

(4) Art. 4, apart. 7, de GDPR. "Definiciones" Responsable. "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que, solo o junto con otros, determine los fines y medios del tratamiento; si el Derecho de la Unión o de los Estados miembros determina los fines y medios del tratamiento, el responsable del tratamiento o los criterios específicos para su nombramiento podrá establecerlos el Derecho de la Unión o de los Estados miembros".

(5) Art. 4, apart. 8, del GDPR "Definiciones". Encargado del tratamiento: "la persona física o jurídica, autoridad pública, servicio u otro organismo que trate datos personales por cuenta del responsable del tratamiento".

(6) Consid. 24 de GDPR establece que "Para determinar si se puede considerar que una actividad de tratamiento controla el comportamiento de los interesados, debe evaluarse si las personas físicas son objeto de un seguimiento en internet, inclusive el potencial uso posterior de técnicas de tratamiento de datos personales que consistan en la elaboración de un perfil de una persona física con el fin, en particular, de adoptar decisiones sobre él o de analizar o predecir sus preferencias personales, comportamientos y actitudes".

tiene diferentes dominios de páginas web adaptados a los diferentes idiomas de los países en los que ofrece servicio como alemán, francés y holandés. Para poder ofrecer este servicio a los interesados, deberá tratar sus datos como nombre y apellido, dirección de e-mail, entre otros necesarios para la compraventa de productos. En tanto que la empresa, se dirige específicamente a personas de la Unión, ofreciéndoles sus servicios cuando se encuentran en esta, este tratamiento de datos se encontrará bajo el ámbito de aplicación de GDPR.

Y, por último, también aplicará a un responsable que trate datos de carácter personal que no esté establecido en la Unión sino en un lugar en que el derecho de los Estados miembros sea de aplicación en virtud del derecho internacional público, como sería el caso de las embajadas y los consulados de los Estados miembros de la Unión Europea situados fuera de la Unión Europea.

III. ¿Qué requisitos se exigen para proteger la privacidad?

Existen innumerables requerimientos que exige el GDPR que dependerán del tipo de tratamiento de datos que realice una empresa, porque evidentemente si el servicio que se presta solo consiste en recabar e-mails para enviar comunicaciones comerciales a consumidores, las obligaciones no serán las mismas que las de una empresa que usa la información de los interesados para predecir los patrones de comportamiento de dichos usuarios y por tanto perfilarlos o que aquella que utiliza datos biométricos para poder identificarlos.

Aunque las obligaciones derivadas de la norma no son pocas, intentaremos resumir a continuación las principales:

III.1. Poseer un Registro de Inventario de Tratamiento

III.1.a. ¿Qué es un Registro de Inventario de Tratamiento?

Es tener documentadas en formato electrónico o por escrito todas las actividades de tratamiento de datos de carácter personal que lleva a cabo el responsable o el encargado de estos bajo su responsabilidad y control.

III.1.b. ¿Qué contenido debe tener este registro?

Pues el contenido del registro varía conforme el rol de quien está tratando los datos. Si quien está tratando los datos es el responsable del tratamiento, deberá incluir mayor información, tal y como se detalla a continuación:

"a) el nombre y los datos de contacto del responsable y, en su caso, del corresponsable, del representante del responsable, y del delegado de protección de datos;

"b) los fines del tratamiento;

"c) una descripción de las categorías de interesados y de las categorías de datos personales;

"d) las categorías de destinatarios a quienes se comunicaron o comunicarán los datos personales, incluidos los destinatarios en terceros países u organizaciones internacionales;

"e) en su caso, las transferencias de datos personales a un tercer país o una organización internacional, incluida la identificación de dicho tercer país u organización internacional y, en el caso de las transferencias indicadas realizadas por excepción para situaciones específicas la documentación de garantías adecuadas;

"f) cuando sea posible, los plazos previstos para la supresión de las diferentes categorías de datos;

"g) cuando sea posible, una descripción general de las medidas técnicas y organizativas de seguridad" **(7)**.

En el caso del encargado, solo deberán detallarse el nombre y los datos de contacto del encargado o encargados y de cada responsable por cuenta del cual actúe el encargado, y, en su caso, del representante del responsable o del encar-

(7) Web de Agencia Española de Protección de datos, apartado "Registro de actividades de tratamiento" https://www.aepd.es/es/derechos-y-deberes/cumple-tus-deberes/medidas-de-cumplimiento/actividades-tratamiento.

gado, y del delegado de protección de datos; y la misma información que los responsables introducen en su registro de inventario conforme el aparatado c), e) y g) del apartado anterior.

III.1.c. ¿Todas las empresas deben llevar a cabo este registro? ¿Cuál es su objetivo?

La normativa establece que no será obligatorio si la empresa que trata los datos emplea a menos de 250 personas y no realiza actividades que puedan entrañar un riesgo para los derechos y libertades de los interesados, o incluya categorías especiales de datos personales (es decir de origen étnico o racial, las opiniones políticas, las convicciones religiosas o filosóficas, o la afiliación sindical, y el tratamiento de datos genéticos, datos biométricos dirigidos a identificar de manera unívoca a una persona física, datos relativos a la salud o datos relativos a la vida sexual o las orientación sexuales de una persona física) o datos personales relativos a condenas e infracciones penales, ya que el objetivo no es que pequeñas y medianas empresas no puedan cumplir con la norma y busca adaptarse a sus necesidades específicas.

Su objetivo fue reemplazar los ficheros de actividades de tratamientos que deberían reportar las empresas a los supervisores de protección de datos previa la existencia de la norma y reforzar el principio de responsabilidad proactiva de las empresas, es decir, tener un registro bajo su supervisión actualizado sabiendo que, ante cualquier exigencia de la autoridad de control, deberán ponerse a su disposición y que su incumplimiento puede conllevar a una sanción.

III.2. Crea la figura del delegado de protección de datos

El GDPR crea la figura del delegado de protección de datos (en adelante DPD), que es el encargado de asegurarse del cumplimiento de la norma y, si bien es cierto que, como al registro de inventario de tratamiento no todas las empresas que traten un dato de carácter personal deben contar con ese rol en las empresas, sí obliga su nombramiento ante determinadas circunstancias, como cuando:

"(i) el tratamiento de datos personales se lleve a cabo por una autoridad u organismo público, salvo en el caso de los tribunales que actúen en ejercicio de su función judicial.

"(ii) Si las actividades principales de quien trata los datos de carácter personal consisten en operaciones de tratamiento que, por su naturaleza, alcance y/o fines, requieran una observación habitual y sistemática de interesados a gran escala.

"(iii) Si las actividades principales en materia de tratamiento de datos personales se realizan a gran escala y para realizarlo utilizan categorías especiales de datos personales y de datos relativos a condenas e infracciones penales" **(8)**.

No obstante, también será obligatorio cuando por una normativa local de alguno de los países de la Unión Europea así se decida, como es el caso de España, en donde la Ley Orgánica 3/2018 de Protección de Datos Personales y Garantía de los Derechos Digitales (LOPDPGDD) ha ampliado la designación del DPD como, por ejemplo, a centros de enseñanza docente, entidades que exploten redes y presten servicios de comunicaciones electrónicas, cuando traten habitual y sistemáticamente datos personales a gran escala, prestadores de servicios de la sociedad de la información cuando elaboren a gran escala perfiles de las personas usuarias del servicio, establecimientos financieros de créditos, aseguradoras y reaseguradoras, empresas de servicios de inversión, empresas de servicios de inversión, entre otras.

III.2.a. ¿Cuáles son las funciones del DPD y cuál es su posición frente a la empresa?

La figura del DPD nace para que exista un encargado de asegurarse del cumplimiento de la normativa por lo que se le exige que sea conocedor del derecho y la práctica en materia de protección de datos y se encargará no solo de que la empresa para la que trabaje se encuentre asesorada de forma correcta sino también de la supervisión del cumplimiento de la norma.

El DPD también deberá rendir cuentas directamente al más alto nivel jerárquico y por el ejercicio de sus funciones no deberá recibir ninguna instrucción en lo que respecta al desempe-

(8) Art. 37 del GDPR.

ño de dichas funciones. Lo que significa que es el punto de contacto con la alta dirección para informar sobre el cumplimiento de la norma, así como mejoras que deban implantarse para alcanzar este objetivo.

También será quien ofrezca asesoramiento en las actividades de alto riesgo en materia de protección de datos, tras llevarse a cabo el análisis de la evaluación de impacto correspondiente y, en aquellos tratamientos que considere que existe un alto riesgo para los derechos interesados, podrá elevar una consulta a la Autoridad de Control, para obtener su opinión al respecto.

El DPD es el punto de contacto con la autoridad de control, ante cualquier inspección, requerimiento, consulta o cooperación que esta le pueda plantear, por lo que será necesario comunicarlo en el plazo de 10 días de su nombramiento y las autoridades de control se encargarán de publicitar su existencia a través de medios electrónicos.

III.3. Crea o destaca principios en materia de protección de datos

El GDPR establece 6 principios generales que deben ser tenidos en cuenta cada vez que se realiza un tratamiento y que son un pilar a tener en cuenta al momento de diseñar cualquier tratamiento de datos de carácter personal. Entre estos se encuentran:

1. Limitación de la finalidad: los datos se recogen del interesado para un fin que tiene que estar determinado, debe ser legítimo y del que el interesado debe ser consciente. Los datos se recaban para un fin (o varios) no pueden tratarse para un fin adicional, salvo para fines de interés público, fines de investigación científica e histórica o fines estadísticos.

Esto quiere decir que, si yo recabo la información con un objetivo, como la contratación de un servicio online, luego quien recaba la información no puedo tratarla para otra finalidad como cederla a una tercera empresa. Ahora bien, sí hay que tener en cuenta que, al momento de recabar un dato, es posible que este se utilice para varias finalidades, por ejemplo, puedo solicitar un domicilio para remitirle al cliente modificaciones contractuales y al mismo tiempo recabar ese dato porque tengo una obligación fiscal de reportar ese dato a hacienda y/o puedo usarlo para enviarle comunicaciones comerciales por interés legítimo.

La limitación de la finalidad busca que el interesado sea consciente para qué se recaban los datos y si se usan para alguna finalidad adicional legitima, sea informado consciente sobre el uso de los datos.

2. Minimización de los datos: los datos que se recaban deber ser adecuados, pertinentes y limitados a lo necesario en relación con los fines para los que son tratados. No deben recabarse más datos personales innecesarios por si en un futuro podría llegar a ser útil para algo, siempre deberá limitarse el uso y/o requerimiento de los datos para el tratamiento que se va a realizar. Por ejemplo, en el caso de una adhesión a un *newsletter* electrónico, no debe requerirse bajo ninguna perspectiva que el interesado dé sus datos telefónicos o su correo postal, porque se estaría incumpliendo el principio de minimización. En este aspecto, lo que se debe preguntar siempre al momento de recabar un dato es sobre la necesidad real de tenerlo en los sistemas y poder justificarlo en cada uno de los casos.

3. Exactitud de los datos: los responsables o encargado del tratamiento, deberán asegurarse de que los datos sean correctos y, en caso de que sea necesario, actualizarlos o adoptar medidas razonables para que se supriman o rectifiquen si no fuera así. Por ejemplo, si un usuario te da un e-mail o teléfono celular, deberás corroborar que es el propietario por ejemplo enviándole un correo electrónico con algún código para que confirme su identidad y, en caso de que esto no suceda, deberá borrarse el dato. Es importante destacar que corresponde a quien recaba el dato poder comprobar que ha cumplido con este principio y, por tanto, las medidas adicionales para confirmar estos datos deberá validarlas el responsable del tratamiento de los datos. Con esto lo que se busca es la calidad del dato; es decir, consistencia al momento de tratarlos.

4. Limitación de los plazos de conservación: los datos personales solo pueden mantenerse salvo por los responsables mientras dure la finalidad del tratamiento salvo si se tratan exclusivamente con fines de archivo en interés pú-

blico, fines de investigación científica o histórica o fines estadísticos. Lo que busca la norma, es que no se tenga datos de carácter personal para siempre en los sistemas y que los interesados, cuyos datos están siendo tratados, tengan un mayor control. Para ello, dependiendo de la finalidad para la que se recabe el dato, siempre deberá tenerse en cuenta que la conservación de la información puede estar sujeta a plazos de prescripción de normativas. El claro ejemplo es cuando compro un producto en una plataforma online, como sería Mercado Libre, dicho acto se encuentra sujeto a normativas relacionadas a consumidores y usuarios y, por tanto, los datos no podrían eliminarse hasta que prescriban las acciones civiles/ comerciales que podrían llevarse a cabo de esta compraventa. Los datos relacionados con esa compraventa serán necesarios para evidenciar cualquier reclamación y/o acción judicial/ administrativa que pueda llevarse a cabo por el interesado o, la empresa y, pasado ese plazo, los datos podrán borrarse de los sistemas.

5. Integridad y confidencialidad: este principio exige que el tratamiento de los datos tenga una seguridad adecuada, garantizar que las diferentes herramientas que tratan datos tengan medidas de control de acceso, que los sistemas tengan *softwares* actualizados con antivirus robustos, que los empleados estén formados y concienciados para evitar ataques de ciberseguridad en los sistemas y que no haya tratamiento de datos no autorizados o ilícito y/o que se destruya información o sufra cualquier otro daño, es decir que quien trate el dato, los proteja.

6. Responsabilidad proactiva: principio que exige que quien trate los datos demuestre que cumple con lo que exige la norma, es decir tener un control sobre lo que se está haciendo y, poder evidenciarlo.

III.4. Análisis y reporte de brechas de seguridad de datos de carácter personal

En primer lugar, creo que es conveniente explicar qué es una brecha de seguridad, y el mismo GDPR define la violación de seguridad de los datos de carácter personal como "todas aquellas violaciones de la seguridad que ocasionen la destrucción, pérdida o alteración accidental o ilícita de datos personales transmitidos, conservados o tratados de otra forma, o la comunicación o acceso no autorizados a dichos datos" **(9)**.

Y el nuevo reglamento establece que cualquier brecha de seguridad deberá ser documentada y analizada, que en caso de que pueda implicar un riesgo para los derechos y libertades de las personas, deberá ser notificada a la autoridad de control y, en algunas situaciones también a las personas afectadas sin dilación y a más tardar en las 72 horas siguientes, computando también las horas trascurridas durante fines de semana y festivos.

Es decir, no todas las brechas de seguridad deberán reportarse, porque si se puede garantizar que la brecha no implica un riesgo para los derechos y las libertades de las personas físicas, no será reportable. Por ejemplo, si un empleado remite un correo electrónico a un cliente con el nombre y apellido de otro, esto si bien es una brecha de datos de carácter personal, no se considera que exista un riesgo para los derechos y libertades de la persona a la que sus datos se han visto afectados, lo que no implica que deba realizarse un análisis de la brecha e imponer medidas para evitar que esto vuelva a suceder.

Si del análisis de la brecha se considera que puede afectar los derechos y libertades de las personas, por ejemplo en el caso de robo de un dispositivo portátil que no tiene medidas de seguridad adecuadas como el cifrado o el doble factor de autenticación para entrar al sistema y, que contiene acceso a toda la base datos de la empresa y en la que se pueden encontrar datos sensibles como datos de discapacidad de los empleados, sí será reportable tanto a los interesados como a la Autoridad de control.

III.5. Otros requerimientos

También existen otros requerimientos, que la normativa exige y que refuerzan la privacidad de los usuarios que si bien no voy a explicar con mayor detalle sí creo que merecen mención como:

1. Incrementar el nivel de transparencia hacia los interesados y que estos entiendan qué se

(9) GDPR, art. 4. "Definiciones", consid. 12.

hace con sus datos de carácter personal, explicando —entre otras cosas— de forma detallada qué tipos de datos se usan, para qué, dónde se almacenan y cuánto tiempo van a estar en los sistemas.

2. El nuevo derecho a oponerse a una decisión automatizada, la norma crea la posibilidad de que si existe un tratamiento que toma una decisión automatizada sobre el interesado que pueda tener un efecto jurídico, como podría ser la denegación de un préstamo o la concesión de una tarjeta de crédito en base a una tecnología que decide si otorgar el producto sin intervención humana, el interesado puede solicitar una revisión, es decir que se analice si efectivamente se le puede o no conceder el crédito solicitado pidiéndosele por ejemplo información adicional sobre su solvencia crediticia por parte de una persona física que analice el caso.

3. Incremento de supervisión sobre los encargados de tratamiento: exige a los responsables de tratamiento ir más allá de la firma de un contrato con el proveedor, sino que a través del principio de responsabilidad proactiva exige a los responsables de los tratamientos que realicen una supervisión adecuada sobre estos proveedores, garantizando que existe un cumplimiento de la norma como tal, por ejemplo realizando autorías previas a la prestación del servicio, solicitándole evidencias de cumplimento y/o analizando el *governance* de la entidad para poder garantizarlo.

4. Entonces... ¿qué pasa si no se cumple con la normativa? ¿Existe algo más allá del GDPR?

Pues las sanciones por incumplimiento de la norma son muy superiores a las que se podrían imponer previa a su entrada en vigor, pudiendo imponerse multas administrativas de 10.000.000 y 20.000.000 EUR como máximo o, tratándose de una empresa, de una cuantía equivalente entre el 2/4% como máximo del volumen de negocio total anual global del ejercicio financiero anterior.

Y cabe destacar que, desde la entrada en vigor en la norma y hasta enero de 2022, se han impartido 949 sanciones por un importe de casi de 1.600.000.000 EUR **(10)**, debiendo destacarse que las 5 multas más altas de materia de protección de datos hasta la fecha han sido impuestas a empresas de la industria tecnológicas como Amazon Europe Core S.à.r.l., WhatsApp Ireland Ltd., Google LLC, Facebook Ireland Ltd. o Google Ireland Ltd.

Pero también es importante destacar que existen otras normas que están en la mira del regulador para garantizar la privacidad de los interesados y que van más allá de la normativa; actualmente se están debatiendo normativas como el Reglamento de Inteligencia Artificial, que podrían vincularse y del que se espera las sanciones sean hasta superiores a las impuestas por GDPR o los borradores del *Digital Services Act* o *Digital Markets Act* que tienen como objetivo regular las grandes plataformas tecnológicas y someterlo a determinadas conductas.

Lo cierto es que, si bien la normativa que entró en vigor tiene como objetivo proteger la privacidad de los interesados, el constante cambio tecnológico, como los desarrollos de nuevos modelos de inteligencia artificial acompañado de nuevos modelos de los *machine learning*, nuevas tecnologías identificación biométrica, la creación de drones, la interconexión de los vehículos y su automatización y/o la creación de ciudades interconectadas está exigiendo una nueva regulación y un entorno de cambio constante, porque parece ser que nada es suficiente para poder lograr el objetivo. Lo cierto es que la normativa no va a la par de las nuevas creaciones tecnológicas, y mientras esto siga pasando habrá que evolucionar junto con el constante cambio.

(10) De acuerdo a la página web https://www.enforcementtracker.com/?insights.

Procesamientos automatizados: reflexiones sobre la aplicabilidad de la normativa de protección de datos personales vigente

Agustina Sirvén (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Conceptos generales de la legislación europea.— III. Régimen argentino vigente y el Anteproyecto de Ley (2020).— IV. Reparación del daño en el Cód. Civ. y Com.— V. Conclusiones.

I. Introducción

No es novedad que el COVID-19 como problemática global ha obligado en gran medida a trasladar la presencialidad humana a la virtualidad, incrementado así exponencialmente la demanda de consumo de productos y servicios a distancia, circunstancias que aceleraron los procesos de adopción generalizada de inteligencia artificial, implicando elaboración de perfiles de usuarios alimentados por macrodatos, metadatos y aprendizaje automático, entre otros tratamientos de la información.

Las actividades de predicción significan la inferencia de nuevos datos personales y el perfilado, la clasificación de individuos, orientación de productos/servicios a individuos o grupos, análisis comportamental, los que, en muchos casos, generan efectos jurídicos negativos sobre derechos fundamentales de los usuarios, traducidos finalmente en daños morales y materiales.

Ante estas problemáticas, y con la necesidad de una regulación modernizada que brinde mayores garantías a los titulares de datos, el Reglamento General de Protección de Datos de la Unión Europea (en adelante, el "Reglamento" o "RGDP"), ha incorporado la protección frente a los casos de valoraciones personales automatizadas o elaboración de perfiles que pudieran provocar efectos jurídicos negativos, dándole el derecho a los interesados a oponerse a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, y además, a solicitarle al responsable de la base de datos una explicación sobre la lógica aplicada, solicitar intervención humana, e impugnar determinada decisión.

Ahora bien, al considerar el contexto normativo en Argentina, en primer término, es dable señalar que la ley nacional 25.326 de Protección de Datos Personales posee más de veinte años desde su sanción. Si bien oportunamente se ha presentado un Anteproyecto de Ley para su actualización en el año 2018, este último ha perdido estado parlamentario **(1)**. Posteriormente, el 17 de noviembre de 2020, se ha presentado otro Proyecto —que ha tomado como fuente principalmente el anterior—, articulado que en la actualidad continúa a estudio por una de las Cámaras del Congreso de la Nación **(2)**.

(*) Abogada (UBA). Master in Business & Technology (Escuela de Administración y Negocios en Universidad de San Andrés). Asesora legal experta para asuntos nacionales e internacionales en la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales (Agencia de Acceso a la Información Pública).

(1) https://www.argentina.gob.ar/aaip/datospersonales/proyecto-ley-datos-personales.

(2) Trámite Parlamentario 171/2020: https://www.hcdn.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=6234-D-2020.

En segundo lugar, sin perjuicio de que Argentina es Estado parte del Convenio 108 para la Protección de las Personas con respecto al tratamiento automatizado de datos de carácter personal desde el 2019 y que ha sido el país número 33 en suscribir la versión modernizada del Convenio 108 —el que posee protecciones actualizados para los tratamientos automatizados—, pese a que este ha sido aprobado por la Cámara de Senadores en julio de 2020, aún restan procesos legislativos para su efectiva entrada en vigencia **(3)**. Hubiese sido deseable contar con esta ratificación el pasado 28 de enero —día en que se celebra la protección de datos a nivel global en relación con el aniversario del "Convenio 108" del Consejo de Europa—, sobre todo porque esta es una cuestión determinante para que nuestro país pueda conservar el estatus de país adecuado ante un eventual proceso de revisión **(4)**.

En este contexto de transición hacia la sanción de normativa más actualizada, resulta fundamental que la autoridad nacional pueda continuar cumpliendo con sus deberes del art. 19 de la ley 27.275, asegurando ciertos estándares de privacidad ante posibles afectaciones.

Por lo que el objeto de este artículo tiene como propósito brindar un primer acercamiento sobre si, en la actualidad existirían elementos jurídicos en la normativa vigente que habiliten a los usuarios afectados a interponer un reclamo previo ante empresas y/o organismos, o bien ante una respuesta insatisfactoria, solicitar asistencia a la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales en el ámbito de la Agencia de Acceso a la Información Pública (en adelante "AAIP").

En primer lugar, se abordará resumidamente el tratamiento de estas cuestiones en el RGPD para contar con un estado de situación más claro sobre en qué consiste una protección actualizada. Luego, se analizará cómo hoy día estas cuestiones están tratadas en la normativa nacional vigente, como así también en el último Anteproyecto de Ley (2020).

(3) Registrado bajo expediente P.E.-67/20, Mensaje N° 38/20: www.senado.gob.ar

(4) El 30 de junio de 2003, la Argentina fue considerado país con legislación adecuada por la Comisión Europea mediante la Decisión de la Comisión C (2003) 1731.

II. Conceptos generales de la legislación europea

II.1. Elaboración de perfiles

El art. 4° del RGPD define la elaboración de perfiles como "[t]oda forma de tratamiento automatizado de datos personales consistente en utilizar datos personales para evaluar determinados aspectos personales de una persona física, en particular para analizar o predecir aspectos relativos al rendimiento profesional, situación económica, salud, preferencias personales, intereses, fiabilidad, comportamiento, ubicación o movimientos de dicha persona física".

Al respecto, las Directrices sobre decisiones individuales automatizadas y elaboración de perfiles **(5)** explican que la elaboración de perfiles puede implicar tres fases distintas tales como la recogida de datos; el análisis automatizado para identificar correlaciones y la aplicación de la correlación a una persona para identificar características de comportamientos presentes o futuros.

En otras palabras, la elaboración de perfiles está formada por los siguientes elementos: (i) una forma automatizada de tratamiento (aunque la participación humana no excluye necesariamente la actividad de la definición); (ii) debe llevarse a cabo respecto a datos personales; y (iii) su objetivo debe consistir en evaluar aspectos personales sobre una persona física.

En este punto, resulta importante hacer una distinción entre el análisis de información o clasificaciones que no implican necesariamente una elaboración de perfil, de las que sí.

Las citadas Directrices explican que, por ejemplo, las estadísticas de personas basadas en características como la edad o sexo con la finalidad de tener una visión global de estos —es decir, sin sacar conclusiones sobre una persona en particular— no equivaldría a una elaboración de perfil, puesto que no tiene como finalidad la evaluación de características individuales. Por el contrario, en ellas también se indica que, cuando las empresas proponen al usuario productos que "también te pueden interesar" basándose

(5) Consejo Europeo. Grupo de Trabajo del art. 29 sobre Decisiones automatizadas y perfilados, 2017.

en información recopilada de los productos que anteriormente ha comprado, se evidencia que han buscado previamente patrones de "características de un tipo de personalidad" basado en macrodatos, asociados a la elaboración de un perfil determinado.

De este modo, el RGPD concibe tres formas distintas de realización de elaboración de perfiles: (i) la elaboración de perfiles general; (ii) las decisiones basadas en la elaboración de perfiles (por ejemplo, el caso en el que un ser humano decide si aprueba el préstamo sobre la base de un perfil elaborado únicamente mediante tratamiento automatizado); (iii) decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que producen efectos jurídicos en el interesado o le afectan significativamente (art. 22, apart. 1 del RGPD). Este sería el supuesto en el que un algoritmo decide si el préstamo debe aprobarse y la decisión se traslada automáticamente a la persona en cuestión, sin ninguna evaluación previa por parte de un ser humano.

Las citadas Directrices también plantean que las decisiones automatizadas representan la capacidad de tomar decisiones por medios tecnológicos, sin la participación del ser humano y pueden basarse en cualquier tipo de datos, por ejemplo: datos ofrecidos directamente por las personas afectadas; datos observados acerca de las personas (datos de ubicación); y datos derivados o inferidos como, por ejemplo, un perfil ya existente de la persona (por ejemplo, una calificación crediticia).

Este tipo de decisiones pueden solaparse parcialmente con la elaboración de perfiles o derivarse de esta, puesto que un tratamiento que empieza como un simple proceso de decisiones automatizadas, puede convertirse en un proceso basado en la elaboración de perfiles.

Un ejemplo de las citadas Directrices sobre esta cuestión es la imposición de multas por exceso de velocidad que se realiza únicamente sobre la base de las pruebas de los radares de velocidad. Esta multa posteriormente podría convertirse en una decisión basada en la elaboración de perfiles si los hábitos de conducción de la persona son supervisados a lo largo del tiempo y, por ejemplo, la cuantía de la multa a imponer es el resultado de una evaluación que implique otros factores, como si el exceso de velocidad es un caso de reincidencia o bien, si el conductor ha cometido otras infracciones de tráfico recientemente. Se plantea un caso similar en el caso de un banco que antes de conceder una hipoteca tenga en cuenta la calificación crediticia del interesado.

II.2. Procesamientos automatizados

El art. 21 del RGPD, en su inc. 2 establece que cuando el tratamiento de datos personales tenga por objeto la mercadotecnia directa, el interesado tendrá derecho a oponerse en todo momento al tratamiento de sus datos personales, incluida la elaboración de perfiles.

No obstante, el art. 22 del RGPD prohíbe todas las decisiones que afecten al interesado que se hayan basado únicamente en el procesamiento automatizado, determinando que "[t]odo interesado tendrá derecho a no ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado, incluida la elaboración de perfiles, que produzca efectos jurídicos en él o le afecte significativamente de modo similar".

Es decir que la regla general es que, el responsable del tratamiento no debe efectuar este tipo de tratamientos automatizados, salvo las excepciones estipuladas que a continuación se analizarán, siempre y cuando los procesamientos no se basen en datos de salud o se refieran a menores. En este caso, el usuario podría oponerse en cualquier momento, a menos que el responsable pueda interponer una excepción que acredite motivos legítimos que prevalezcan sobre los derechos del interesado.

Las excepciones previstas son: (i) cuando es necesaria para la celebración o la ejecución de un contrato entre el interesado y un responsable del tratamiento; (ii) cuando se establecen medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado (ej. las alusivas a prevención de fraude, evasión fiscal y/o, garantías de seguridad en el marco del servicio prestado); y/o (iii) cuando el tratamiento está basado en el consentimiento explícito del interesado.

Se puntualiza que en los casos i) y iii), el responsable del tratamiento deberá adoptar las medidas adecuadas para salvaguardar los derechos y libertades y los intereses legítimos del interesado, las que implicarán como mínimo el derecho del interesado a obtener intervención humana, a expresar su punto de vista y a impugnar la decisión.

En síntesis, se plantea que el derecho de oposición no es un derecho absoluto y que el responsable podría negarse a cumplirlo si puede demostrar motivos legítimos convincentes para su procesamiento.

II.3. Derecho de acceso

El RGPD dispone en su art. 15 la posibilidad que el titular del dato le consulte al responsable de tratamiento si se están tratando o no datos personales que le conciernen y, en tal caso, se habilita el derecho de acceso. Los responsables del tratamiento podrían considerar la aplicación de un mecanismo para que los interesados comprueben su perfil, incluidos detalles de la información y las fuentes utilizadas para elaborarlo.

Entre otras cosas, este derecho habilita al titular a obtener la siguiente información a través del derecho de acceso: (i) fines del tratamiento, (ii) categorías de datos, (iii) los destinatarios a los que se comunicaron o serán comunicados los datos personales, en particular destinatarios en terceros u organizaciones internacionales; (iv) el plazo previsto de conservación de los datos personales o, de no ser posible, los criterios utilizados para determinar este plazo; (v) derecho a solicitar la rectificación, supresión, limitación u oposición del tratamiento; (vi) cuando los datos personales no se hayan obtenido del interesado, cualquier información disponible sobre su origen y (vii) el titular también tiene derecho a que se le facilite una copia de los datos personales objeto de tratamiento.

En el marco de este derecho, se estipula que los responsables deben permitir a los interesados la posibilidad de actualizar o modificar cualquier inexactitud en los datos o del perfil (art. 16). También se habilita al titular a solicitar al responsable información sobre "[l]a existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles, a que se refiere el art. 22, aparts. 1 y 4, y, al menos en tales casos, información significativa sobre la lógica aplicada, así como la importancia y las consecuencias previstas de dicho tratamiento para el interesado".

II.4. Derecho a obtener intervención humana

El citado Grupo de Trabajo expresó que para que la decisión quede sometida al art. 22, se requiere que la intervención humana sea significativa en el sentido de que debe ser "[r]ealizada por alguien con la autoridad y competencia para cambiar la decisión"; por lo que, para ello, será necesario que esta persona tenga acceso a información, más allá de los productos o resultados que arroje el algoritmo.

Por tanto, se consideró que la intervención de un Oficial de Protección de Datos resulta fundamental, entre otras tareas, para los siguientes propósitos: (i) para excluir la discriminación y el perfil de menores; (ii) para reducir los falsos positivos debido a correlaciones estadísticas que deben prevenirse; (iii) para fomentar la trazabilidad, y explicabilidad ante el interesado, o bien ante la institución de monitoreo externa (es decir, la Autoridad de Protección de Datos o en su caso, los tribunales judiciales).

II.5. Evaluaciones de impacto

El art. 35 del RGPD, establece la obligación de implementar la protección de datos desde el diseño a todos los responsables del tratamiento, mediante la aplicación de medidas técnicas y organizativas apropiadas "[t]anto en el momento de determinar los medios de tratamiento, como en el propio tratamiento". Si bien el cumplimiento de esta obligación aplica específicamente al responsable del tratamiento, se aclara que la protección de datos desde el diseño se concibe proyectada sobre otros actores participantes en el tratamiento de datos personales, de manera transversal a toda la organización.

El enfoque de la privacidad basado en el riesgo introduce la obligación del responsable de realizar una evaluación de impacto antes de proceder a un tratamiento cuando sea probable que este entrañe "un alto riesgo" para los derechos y libertades de las personas físicas (es decir, no resulta obligatorio en todas las operaciones de tratamiento).

Conforme surge de las Directrices sobre la Evaluación de Impacto **(6)**, un "alto riesgo" tendría lugar cuando el responsable del tratamiento no pueda hallar suficientes medidas para reducir los riesgos hasta un nivel aceptable (es decir, los riesgos residuales siguen siendo elevados), razón por la cual, la organización deberá consultar a la autoridad de control en materia de privacidad.

En particular, estas disponen que el tratamiento automatizado y la elaboración de perfiles exigirán la realización de una evaluación de impacto, dado que estas deberán realizarse en el caso que se realice una "[e]valuación sistemática y exhaustiva de aspectos personales de personas físicas que se base en un tratamiento automatizado, sobre cuya base se tomen decisiones que produzcan efectos jurídicos para las personas físicas o que les afecten significativamente de modo similar".

Esta evaluación deberá incluir como mínimo: (i) una descripción sistemática de las operaciones de tratamiento previstas y fines legítimos que habilitan el tratamiento; (ii) una evaluación de la necesidad y proporcionalidad con respecto a su finalidad; (iii) una evaluación de los riesgos para los derechos y libertades de los interesados; y (iv) medidas previstas para afrontar los riesgos, incluidas garantías, medidas de seguridad y mecanismos para proteger los derechos de los titulares.

Tal como se establecen las Directrices referidas anteriormente, los responsables del tratamiento podrían considerar la publicación de dicha evaluación (o una parte de ella), como forma de reforzar la confianza en las operaciones de tratamiento, demostrar transparencia y responsabilidad proactiva. Asimismo, el cumplimiento de un código de conducta (previsto en el art. 40) puede contribuir a demostrar transparencia.

III. Régimen argentino vigente y el Anteproyecto de Ley (2020)

III.1. Derecho a no ser objeto de una decisión automatizada

El derecho a no ser objeto de una decisión automatizada se encuentra expresamente receptado en el art. 20 de la ley 25.326, aunque limitado a decisiones judiciales y a actos administrativos que impliquen una valoración de conductas humanas, determinando que "[l]as decisiones judiciales o los actos administrativos que impliquen apreciación o valoración de conductas humanas, no podrán tener como único fundamento el resultado del tratamiento informatizado de datos personales que suministren una definición del perfil o personalidad del interesado. Los actos que resulten contrarios a la disposición precedente serán insanablemente nulos".

Es dable destacar que, la res. AAIP 4/2019 **(7)** en su art. 1° establece la aprobación de Criterios Orientadores e Indicadores de Mejores Prácticas en la aplicación de la ley 25.326, explicitando en sus considerandos que estos son "[d]e observancia obligatoria para todos aquellos sujetos alcanzados por la ley 25.326". De lo anterior, se desprende como vinculante esta resolución.

Al respecto, el Criterio 2 de la mentada resolución determina que "[e]n caso que el responsable de la base de datos tome decisiones basadas únicamente en el tratamiento automatizado de datos que le produzcan al titular de los datos efectos jurídicos perniciosos o lo afecten significativamente de forma negativa, el titular de los datos tendrá derecho a solicitar al responsable de la base de datos, una explicación sobre la lógica aplicada en aquella decisión, de conformidad con el art. 15, inc. 1 de la ley 25.326". Por su parte, este artículo refiere que "[l]a información debe ser suministrada en forma clara, exenta de codificaciones y en su caso, acompañada de una explicación, en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población, de los términos que se utilicen".

El Proyecto de Ley (2020) sobre estas cuestiones prevé que, se deberá revelar la existencia de decisiones automatizadas, incluida la elaboración de perfiles con información significativa sobre la lógica aplicada, contemplando el derecho del titular a oponerse a ser objeto de una decisión basada únicamente en el tratamiento automatizado de datos, incluida la elaboración de perfiles, que le produzca efectos jurídicos perniciosos o lo afecte significativamente de

(6) Consejo Europeo. Directrices sobre la evaluación de impacto relativa a la protección de datos, 2017.

(7) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/9PGP.

forma negativa, coincidiendo en las tres excepciones a la regla general dispuestas en el RGPD (es decir, una base legal contractual, y/o autorización por ley; y/o consentimiento expreso).

Ahora bien, la diferencia sustancial que se advierte entre ambas está dada por el hecho que la normativa argentina dispone como regla general que el titular podrá oponerse a una decisión automatizada solo cuando esta lo afecte significativamente de forma negativa; en lugar de estar prohibida como regla general tal como lo dispone el RGPD. De lo anterior, podría interpretarse que este derecho está contemplado en la normativa de manera "reactiva" o *a posteriori* por parte de los titulares de datos, o bien de la autoridad de control.

III.2. Deber de información

El derecho de Información se encuentra normado en el art. 6° de la ley 25.326, el que determina que "[c]uando se recaben datos personales se deberá informar previamente a sus titulares en forma expresa y clara: (i) La finalidad para la que serán tratados y quiénes pueden ser sus destinatarios o clase de destinatarios; (ii) La existencia del archivo, registro, banco de datos, electrónico o de cualquier otro tipo, de que se trate y la identidad y domicilio de su responsable; (iii) El carácter obligatorio o facultativo de las respuestas al cuestionario que se le proponga, en especial en cuanto a los datos referidos en el artículo siguiente [categorías de datos especiales y datos sensibles]; (iv) Las consecuencias de proporcionar los datos, de la negativa a hacerlo o de la inexactitud de los mismos; y (v) La posibilidad del interesado de ejercer los derechos de acceso, rectificación y supresión de los datos".

La res. AAIP 14/2018 **(8)** en su art. 2° aclara concretamente que, todos los responsables de tratamiento "[d]eberán exhibir en forma clara y expresa en un sitio visible la información que impone el art. 6° de la ley 25.326" e incluir la referencia explícita de la AAIP como autoridad.

Por su parte, el art. 4° del dec. 1558/2001 establece en coherencia con el Principio de transparencia que "[p]ara determinar la lealtad y buena fe en la obtención de los datos personales, así como el destino que a ellos se asigne, se deberá analizar el procedimiento efectuado para la recolección y, en particular, la información que se haya proporcionado al titular de los datos de acuerdo con el art. 6° de la ley 25.326".

El Proyecto de Ley garantiza mediante el art. 15 estos derechos del mismo modo que el actual, solo que adicionando y unificando el contenido de la res. 14 en un mismo artículo.

Teniendo en cuenta que la normativa nacional, así como su Proyecto de Ley ponen en cabeza del usuario el derecho de oposición a los tratamientos automatizados que le generen un daño, se subraya la necesidad que las organizaciones den cabal cumplimiento al Principio de Información, comunicando a los titulares de datos en sus Políticas de Privacidad si realizan este tipo de operaciones automatizadas, qué tipos de categorías de datos implementan y demás información de la manera exigida en el RGPD. Se advierte que será clave que dichas Políticas incorporen un mecanismo eficiente y accesible para que los usuarios puedan presentar la oposición a dichos procesamientos.

III.3. Derecho de oposición

La ley 25.326 le otorga el derecho al titular de los datos a solicitar en cualquier momento el retiro o bloqueo de su nombre de los bases de datos con fines de publicidad (lo que en la terminología del RGPD sería el "derecho de oposición"). No obstante, cabe hacer algunas aclaraciones y distinciones.

En primer lugar, que, si bien la Ley Nacional de Protección de Datos Personales contempla como principio de licitud general la necesidad de un consentimiento libre, previo e informado (art. 5°), el tratamiento de datos con fines de publicidad no posee la necesidad de consentimiento previo, aunque sí se prevé la posibilidad de retiro, bloqueo, y/o derecho de acceso en cualquier momento.

En particular, el art. 25 de la mentada normativa establece que "[s]e podrán tratar datos con fines de publicidad sin el consentimiento de su titular, cuando estén destinados a la formación de perfiles determinados, que categoricen pre-

(8) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/9ITJ.

ferencias y comportamientos similares de las personas, siempre que los titulares de los datos solo se identifiquen por su pertenencia a tales grupos genéricos, con más los datos individuales estrictamente necesarios para formular la oferta a los destinatarios".

A su vez, se determina que "[e]n la recopilación de domicilios, reparto de documentos, publicidad o venta directa y otras actividades análogas, se podrán tratar datos que sean aptos para establecer perfiles determinados con fines promocionales, comerciales o publicitarios; o permitan establecer hábitos de consumo, cuando estos figuren en documentos accesibles al público o hayan sido facilitados por los propios titulares u obtenidos con su consentimiento".

Por su parte, el dec. regl. 1558/2001 establece que "[e]n toda comunicación con fines de publicidad que se realice por correo, teléfono, correo electrónico, Internet u otro medio a distancia a conocer, se deberá indicar, en forma expresa y destacada, la posibilidad del titular del dato de solicitar el retiro o bloqueo, total o parcial, de su nombre de la base de datos. A pedido del interesado, se deberá informar el nombre del responsable o usuario del banco de datos que proveyó la información".

La disp. DNPDP 4/2009 **(9)** ha interpretado el alcance del art. 27 de la ley 25.326 y del dec. 1558/2001, aclarando que la opción para el ejercicio del derecho de retiro o bloqueo del art. 27, debe aparecer en "[toda comunicación que se efectúe con fines publicitarios, junto con el mecanismo previsto para su ejercicio, que cuente con suficiente capacidad operativa para responder al eventual ejercicio de tal derecho".

Cabe referir también a la ley 26.951 "Registro No Llame" tiene el objeto de "[p]roteger a los titulares o usuarios autorizados de los servicios de telefonía, en cualquiera de sus modalidades, de los abusos del procedimiento de contacto, publicidad, oferta, venta y regalo de bienes o servicios no solicitados". Entre sus excepciones se estipulan cuestiones de emergencia de interés general, cuando haya mediado el consentimiento del usuario o bien, cuando exista una relación contractual vigente "[s]iempre que se refieran al objeto estricto del vínculo y sean realizadas en forma y horario razonables y de acuerdo a la reglamentación".

En esta instancia, es conveniente señalar que, en el marco del debate público llevado a cabo por la Dirección Nacional de Protección de Datos Personales sobre el tratamiento con fines de publicidad **(10)** algunos actores han criticado: (i) que la ley 26.951 debería estar receptada dentro del art. 27 de la ley 25.326; (ii) que el criterio que regula las bases con fines de publicidades es demasiado amplio y otorga demasiadas libertades a las empresas que hacen uso de los datos con fines publicitarios, dejando de lado los criterios y principios generales establecidos en la ley.

Ahora bien, el actual Proyecto de Ley (2020) recepta el tratamiento de datos en bases destinadas a la publicidad y el derecho de oposición en su art. 61 de similar modo que la actual normativa (es decir, no resulta necesario el consentimiento de los titulares de los datos en forma previa). Asimismo, faculta al interesado el derecho a oponerse al tratamiento de sus datos y el responsable podría denegar este pedido en caso de que existan motivos legítimos que prevalezcan sobre los derechos del titular de los datos.

Se advierte entonces que, el RGPD se diferencia del Proyecto de Ley argentino porque el primero como regla general prohíbe el tratamiento automatizado disponiendo ciertas excepciones; mientras que el segundo, contempla como regla general el tratamiento sin consentimiento del titular, pudiendo en su caso este oponerse o bien, interponer un reclamo ante la autoridad de control.

Otro punto relevante radica en el mecanismo que se dispondrá en la práctica para su ejercicio por los interesados para el caso de tratamientos automatizados. Es decir, el derecho de oposición vigente de la ley 25.326 y su decreto reglamentario estipulan concretamente que se debe prever un mecanismo para su ejercicio —"que cuente con suficiente capacidad operativa"—,

(9) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/2VD4. Disponible también en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/disposici%C3%B3n-4-2009-151221/texto.

(10) https://www.argentina.gob.ar/sites/default/files/documento_aportes_reforma_ley25326_0.pdf.

lo que lleva a la conclusión que las organizaciones que realicen operaciones automatizadas, tendrían que incorporar un mecanismo del estilo, que sea accesible para la oposición de los interesados, desde las mismas aplicaciones donde prestan sus servicios, o bien en sus Políticas de Privacidad, como por ejemplo, a través de un link que habilite fácilmente el pedido de bloqueo de los usuarios a este tipo de procesamientos.

III.4. Derecho de acceso

El derecho a la explicabilidad tal como determina la res. 4/2019 AAIP, podría ser ejercido por su titular a través de la presentación de una solicitud de derecho de acceso, de conformidad con el art. 14 de la ley 25.326, presentada ante el responsable de tratamiento. De este pedido, también se infiere que se podrá obtener el derecho a la intervención humana, en relación con dicha explicación y trazabilidad.

En el marco de dicho artículo, la organización como responsable debería proporcionar la información solicitada dentro de los diez días corridos de haber sido intimada fehacientemente por el usuario y vencido el plazo sin que se satisfaga este pedido, o si el informe fuese insuficiente, quedaría expedita la acción de protección de los datos personales y la posibilidad de interponer una denuncia ante la AAIP.

En el caso que se brinde respuesta al usuario, el art. 15 dispone que este acceso deberá comprender "la totalidad de la información perteneciente al interesado", provista de forma clara, y si fuera necesario, acompañada de una explicación en lenguaje accesible al conocimiento medio de la población. Asimismo, establece explícitamente que "[l] información debe ser amplia y versar sobre la totalidad del registro perteneciente al titular, aun cuando el requerimiento solo comprenda un aspecto de los datos personales".

Por su parte, el dec. 1558/2001 agrega que el derecho de acceso permitirá al titular "[a]cceder a información sobre las fuentes y los medios a través de los cuales se obtuvieron sus datos, así como conocer las finalidades para las que se recabaron, el destino previsto para los datos personales, y conocer si el archivo está registrado conforme a las exigencias de la ley 25.326".

De lo anterior, si bien restarían criterios clarificadores, podría interpretarse que este artículo de la normativa vigente permite hacer una interpretación en el mismo sentido que lo determina el RGPD, en cuanto a la información que el responsable debe suministrar al interesado ante un pedido de acceso sobre los procesamientos automatizados.

El Proyecto de Ley adiciona como novedad que el pedido de acceso pueda contener la siguiente información la "[o]bligación de informar al interesado sobre la existencia de decisiones automatizadas y sobre la lógica en ellas aplicada, incluida la elaboración de perfiles, sin que ello afecte derechos intelectuales del responsable del tratamiento" (art. 28, inc. h).

Sin dudas, el derecho de acceso implicará serios desafíos de responsabilidad proactiva por parte de las organizaciones, puesto que la entrega de esta información estará directamente vinculada a la posibilidad que tienen los afectados a interponer reclamos ante la AAIP o bien en sede civil.

III.5. Derecho de rectificación, actualización y supresión

La actual ley 25.326 regula el derecho de rectificación, actualización o supresión en su art. 16. A tales efectos, se considera que la corrección o impugnación de un procesamiento automatizado, podría ser planteado por el interesado a través del derecho de rectificación, o en su caso el derecho de supresión, el que debería ser contestado por el responsable del tratamiento en el plazo de cinco días.

En su respuesta, el responsable podría interponer algunas de las excepciones previstas que ya hemos analizado en los apartados anteriores. No obstante, se plantean interrogantes sobre algunas excepciones. En este punto, será fundamental la mayor concientización de los usuarios en el ejercicio de sus derechos, así como su contacto con la autoridad de control para consultas en relación a las excepciones que puedan interponer las organizaciones, puesto que muchos titulares ante el desconocimiento de la norma-

tiva podrán tomar como válidas respuestas sobre excepciones en relación a sus pedidos de supresión, cuando muchas veces estas excepciones no corresponderán con las bases legales invocadas.

Al respecto, el RGPD incorpora el principio de responsabilidad demostrada (*accountability*) y la figura del delegado de Protección de Datos Personales (en adelante, "DPO"), para facilitar su cumplimiento. Sin perjuicio que la ley 25.326 no introduce expresamente el principio de responsabilidad proactiva, ni la figura del delegado de Protección de Datos Personales, la resolución 40/2018 de la AAIP **(11)** recomienda a los organismos estatales la designación de un agente de planta permanente como "[d]elegado de protección de datos personales", a fin de que cumpla la tarea de acompañar la implementación y control de cumplimiento de la política de protección de datos personales que se diseñe.

Asimismo, la ley 25.326 prescribe explícitamente que el responsable o encargado del tratamiento, debe "[a]doptar las medidas técnicas y organizativas apropiadas a fin de garantizar un tratamiento adecuado de los datos personales y el cumplimiento de las obligaciones dispuestas por la ley y que le permitan demostrar a la autoridad de control su efectiva implementación"; su art. 29 establece la facultad de la autoridad de control de "[s]olicitar información a las entidades públicas y privadas, las que deberán proporcionar los antecedentes, documentos, programas u otros elementos relativos al tratamiento de los datos personales que se le requieran [...]".

En forma complementaria, el decreto reglamentario en su art. 9° determina que la DNPDP "[p]romoverá la cooperación entre sectores públicos y privados para la elaboración e implantación de medidas, prácticas y procedimientos que susciten la confianza en los sistemas de información, así como en sus modalidades de provisión y utilización".

El Proyecto de actualización de la ley 25.326, estipula en su art. 43 la figura del delegado de Protección de Datos en forma obligatoria cuando (i) revistan el carácter de autoridades u organismos públicos; (ii) se realice tratamiento de datos sensibles como parte de la actividad principal del responsable o encargado del tratamiento; y/o (iii) se realice tratamiento de datos a gran escala. También se determina que [u]n grupo económico puede nombrar un único delegado de Protección de Datos siempre que esté en contacto permanente con cada establecimiento.

Por su parte, el Principio Nro. 10 Actualizado del Comité Jurídico Interamericano sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales establece que "[l]os sistemas de protección de la privacidad deberían reflejar un equilibrio apropiado entre la reglamentación gubernamental y la implementación ética y efectiva por aquellos que tienen responsabilidad directa por la recopilación, procesamiento, uso, retención y difusión de Datos Personales. Estos 'gerentes de Datos' deberían actuar en calidad de 'buen custodio' de los Datos que les proporcionen o confíen" **(12)**.

En la misma línea, se aborda la cuestión en el art. 29 de los Estándares de Protección aprobados por la Red Iberoamericana de Protección de Datos, de la que la AAIP forma parte junto con otros países de la región **(13)** y que ha sido tenido en consideración en 2021 al merituar la aplicación de sanciones en el ámbito de su competencia **(14)**.

IV. Reparación del daño en el Cód. Civ. y Com.

En el ámbito local, los efectos jurídicos perniciosos podrían configurar daños morales y materiales. Por ejemplo, entre los morales se conciben riesgos a derechos fundamentales que

(11) Cita online: TR LALEY AR/LEGI/9KXD. Disponible también en https://www.argentina.gob.ar/normativa/nacional/resoluci%C3%B3n-40-2018-312130/texto.

(12) Comité Jurídico Interamericano sobre la Privacidad y la Protección de Datos Personales. Principios Actualizados, 2021.

(13) Red Iberoamericana de Protección de Datos. Estándares de Protección de Datos Personales, 2017.

(14) Sanción aplicada mediante res. AAIP 146/2021 al Grupo Cencosud SA en el marco de una investigación de oficio iniciada tras haber tomado conocimiento de un ataque informático. Esta al momento no se encuentra firme.

gozan de protección en la Constitución Nacional (igualdad, no discriminación, libertad personal, intimidad, libertad de expresión, tutela judicial efectiva, entre otros).

La carga de la prueba tanto en el plano judicial —sede civil o penal—, como en el plano administrativo —AAIP—, estaría en cabeza del responsable de tratamiento (organización), en coherencia con el principio de responsabilidad proactiva, información y transparencia. Esto resulta positivo para posibilitar la presentación de reclamos por parte de los afectados, ya que poner la carga de la prueba sobre los usuarios para este tipo de operaciones internas de los responsables, dificultaría todo tipo de reclamo y, por ende, reparación.

Granero **(15)** sostiene que el derecho interno provee mecanismos a las personas para responsabilizar por las afectaciones que se produzcan por daños por tratamientos automatizados y plantea que la propia esencia del derecho civil es la de distribuir las cargas y costos sociales en forma equitativa.

Al respecto, propone que las "[t]ecnologías que con su accionar pueden exponer a los usuarios a nuevos riesgos e incluso a la efectiva producción de daños, se propicia que estos deben ser asumidos por quien los brinda, generando una responsabilidad objetiva" por parte de quien lleva una actividad riesgosa (art. 1757), por la que debería responder, quien ejecuta la actividad, se sirve u obtiene provecho de ella (art. 1758).

Por otra parte, el Código Civil y Comercial de la Nación prevé una responsabilidad civil para la prevención del daño de manera obligatoria. Así como resalta Palazzi **(16)**, se introducen deberes genéricos de conducta que mandan no dañar (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) y evitar la causación del daño (art. 1710, Cód. Civ. y Com.) como una fuente de obligaciones, legitimando para reclamar a quienes acrediten un interés razonable en la mentada prevención (art. 1712).

V. Conclusiones

De lo analizado se concluye que del marco regulatorio nacional vigente se derivarían los principales pilares para garantizar el ejercicio de derechos ante afectaciones en el marco de perfilados y decisiones automatizadas, estando habilitados los usuarios a presentar reclamos ante las organizaciones que no cumplan con la forma y plazos dispuestos en la ley 25.326 asociados al derecho de acceso, rectificación o supresión con relación a la explicación sobre la lógica empleada y derechos conexos.

Siguiendo con esta tesitura, la AAIP como autoridad de control podría estar en condiciones de recepcionar reclamos de titulares e iniciar las investigaciones de oficio que considere pertinentes, como proceder a la aplicación de sanciones en atención a sus competencias y facultades.

Lo anterior cobra fuerza por el rol protagónico que la normativa actual le asigna a la responsabilidad proactiva para facilitar el cumplimiento de la ley 25.326, confirmado con el citado precedente de la AAIP en el que se consideraron de manera supletoria Estándares Internacionales actualizados en la materia al merituar la aplicación de sanciones.

Del mismo modo, hemos observado que el Código Civil y Comercial de la Nación estipula una responsabilidad civil obligatorio para la prevención del daño, que podría asociarse a la privacidad por diseño y a la necesidad de documentar las evaluaciones de impacto.

Si bien del presente trabajo no se han reportado antecedentes específicos a nivel nacional sobre procesamientos automatizados, es esperable que, en el mediano o corto plazo, los ciudadanos comiencen a presentar reclamos ante empresas u organismos y soliciten la asistencia de la autoridad de control en sede administrativa (AAIP) o en sede judicial.

Pese a que son muchos los frentes que atender y las preguntas que quedan por aclarar, se detectan al menos tres herramientas que po-

(15) GRANERO, H. R., "Un futuro de participación entre humanos y algoritmos inteligentes", In El derecho de las TIC en Iberoamérica, La Ley, Uruguay, 2019. pp. 1133-1141.

(16) PALAZZI, P., "Argentina. Guía de privacidad para América Latina", International Association of Privacy Professionals, 2021.

drían colaborar a la mejora de las cuestiones antes descriptas.

En primer lugar, que las organizaciones cumplan de manera efectiva con el Deber de Información en sus Políticas de Privacidad de modo que los usuarios en su caso puedan oponerse a dichos procesamientos, o en su caso, a pedido se les brinde una explicación satisfactoria sobre la lógica empleada a través del derecho de acceso, entre otras obligaciones vigentes en el marco de la ley 25.326.

En este punto, cabe mencionar que las dificultades de implementación del RGPD a nivel global, evidencian que la sanción de una ley actualizada en Argentina, si bien resulta deseable, no será suficiente por sí sola para proteger los datos personales ante este tipo de tecnologías tan avanzadas. No por casualidad el pasado 17 y 18 de marzo en el marco de la audiencia pública realizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación a la causa "Denegri, Natalia Ruth c/Google Inc. s/derechos personalísimos: acciones relacionadas", se ha planteado la necesidad de un proyecto de ley orientado a crear una Agencia Nacional de Algoritmos que sirva para mejorar la protección de los datos personales **(17)**.

Por lo que será importante que las organizaciones comprendan que, cada vez más las ventajas competitivas a largo plazo estarán dadas por una adecuada protección, siendo la responsabilidad proactiva y la confianza esenciales como valor compartido. Prueba de esto es que con mayor frecuencia las organizaciones que no adoptan medidas eficientes se ven afectadas por falta de reputación y/o incidentes de seguridad con implicancias en sus principales activos: clientes, información, reputación y valor de sus acciones.

En segundo término, constituye un eslabón fundamental la continuación de la participación argentina como lo ha hecho hasta el momento en foros internacionales para la cooperación con otras autoridades de datos a nivel global para alinear interpretaciones sobre los grises que la normativa actualizada del RGPD plantea.

Por último, es notable que los nuevos desafíos requieren de una autoridad de control fortalecida que realice seguimiento activo y *enforcement* de estas complejas cuestiones en conjunto con las organizaciones y brindando apoyo a los ciudadanos fomentando mayor educación y concienciación.

En virtud de todo lo expuesto, será necesario avanzar en la creación de mecanismos más aceitados de colaboración, concientización y rendición de cuentas, para enfrentar los múltiples riesgos en derechos fundamentales que estas innovaciones indefectiblemente ya están generando, a veces con más ruido y otras, más en silencio.

(17) https://www.youtube.com/results?search_query=cijjudicial

Fuentes de filiación

La voluntad procreacional como fuente de filiación

Eduardo A. Sambrizzi (*)

Sumario: I. El Código Civil y Comercial incorpora a la voluntad procreacional como una nueva fuente de filiación.— II. En la procreación asistida, el Código deja de lado la aportación genética para la determinación de la paternidad o la comaternidad.— III. La prestación del consentimiento como atributivo de filiación supone una alteración de ciertos principios.— IV. Para determinar la filiación en la procreación asistida, no interesa quién aportó los gametos.— V. Crítica a la voluntad procreacional para la determinación de la paternidad o comaternidad en la procreación asistida.

I. El Código Civil y Comercial incorpora a la voluntad procreacional como una nueva fuente de filiación

De acuerdo con lo dispuesto en la primera parte del art. 558 de dicho Código, "la filiación puede tener lugar por naturaleza, mediante técnicas de reproducción humana asistida, o por adopción". Pero no obstante ello, aparte de la filiación por naturaleza y por adopción, lo que, en realidad el Código establece como nueva fuente de la filiación no es la procreación asistida, sino la voluntad procreacional del o de la cónyuge o de la pareja de la gestante y el consiguiente consentimiento, doctrina a la que ya había hecho referencia Enrique Díaz de Guijarro en el año 1965, aunque no precisamente en materia de procreación asistida **(1)**.

Ello resulta, en efecto, del art. 562 del Cód. Civ. y Com., que establece que "los hijos nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportado los gametos" **(2)**. Ya no interesa, por tanto, que —aparte de la gestante— la otra persona que presta el consentimiento sea hombre o mujer, estén o no casados, vivan o no juntos, y ni siquiera que se conozcan entre ellos. De cualquier manera, lo cierto es que la norma deja fuera de su ámbito a las parejas de dos hombres, ya que, de acuerdo con su contenido, siempre hay una mujer gestante como madre del nacido, lo que posiblemente sea aprovechado para tratar de introducir en la legislación la denominada maternidad por sustitución, que fuera eliminada del primitivo Proyecto de Código **(3)**; de lo

(*) Miembro de Número de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires.

(1) Ver, entre otros muchos trabajos de este autor, "La voluntad y la responsabilidad procreacionales como fundamento de la determinación jurídica de la filiación", JA 1965-III-21 y ss., especialmente p. 25, n° 14. En la nota "Las modificaciones del Derecho de Familia ante la realidad social y la técnica moderna", Díaz de Guijarro afirma que, a su juicio, la voluntad y responsabilidad procreacionales son los elementos básicos de las teorías que establecen los procedimientos para llegar a la determinación jurídica de la filiación (JA 1965-VI-125).

(2) Según afirma Ignacio González Magaña, el método establecido en el Código para la filiación en los supuestos de procreación asistida, ha tenido como fuente la ley 32/2006 de Portugal sobre Procreación médicamente asistida (Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, dirig. por Julio César Rivera y Graciela Medina, y coord. Por Mariano Esper, Buenos Aires 2015, t. II, p. 351, nº 1.2.4.)

(3) Entre otros, con fecha 08/09/2015 se presentó en el Senado de la Nación un Proyecto de ley de la Se-

que se deduce la voluntad del legislador de no admitir ese tipo de prácticas.

II. En la procreación asistida, el Código deja de lado la aportación genética para la determinación de la paternidad o la comaternidad

Contrariamente a la anterior normativa, en los supuestos del nacimiento de una persona por uno de los procedimientos de procreación asistida, el art. 562 deja de lado a la aportación genética o biológica para la determinación ya sea de la paternidad o de la comaternidad, apartándose de tal manera de la relación genética como determinante de la filiación **(4)**, ya que lo único que importa al respecto es el consentimiento previo para ser padre o madre (aparte de la gestante). Por lo que, en los supuestos de procreación asistida, cualquier persona, haya o no aportado los gametos, queda emplazada en el estado de padre del nacido —o comadre—, con solo prestar en forma previa consentimiento a tal efecto. Lo que puede llevar a una clara afectación del derecho a la identidad del hijo, al que, como señala Lafferrière, se lo priva deliberada y planificadamente de la complementariedad antropológica de varón y mujer en la conformación de su carácter y proceso de crecimiento y madurez, ocultándose en el caso de la fecundación artificial la identidad de los dadores de gametos bajo un aparente anonimato que priva al niño de conocer su origen **(5)**.

De tal manera se habla de *padre* o *padre social* —que, a estar a lo expresado por Ales Uría, se referiría a unos contenidos socioculturales y jurídicos, marcando una tendencia a un concepto más social, afectivo y espiritual—, y de *progenitor*, que supondría la procedencia genética, que solo significaría el lazo paterno filial si es acompañado de otras circunstancias **(6)**.

III. La prestación del consentimiento como atributivo de filiación supone una alteración de ciertos principios

De lo hasta aquí dicho resulta que en los supuestos de procreación asistida, la prestación del consentimiento es, según la normativa actualmente vigente en nuestro país, atributivo de filiación, lo que es así no solo cuando se trata de filiación extramatrimonial, sino también con respecto a las personas casadas **(7)**. Lo cual supone una alteración injustificada de los principios fundamentales para la determinación de las relaciones filiatorias **(8)**, llegándose a la dis-

---

nadora Laura Montero para regular dicho tipo de maternidad.

(4) Véase BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", DFyP 2012 (julio), 141.

(5) LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño", DFyP 2012 (marzo), 37. Remitimos asimismo con respecto a la crítica de la denominada "voluntad procreacional", a la nota de QUINTANA, Eduardo Martín, "Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado", DFyP 2014 (septiembre), 217, donde entre otras afirmaciones, dice que "la nueva categoría introducida en la reforma obedece a la intención de superar cualquier resabio natural presentando un procedimiento procreador consecuencia de una construcción semántica cuya finalidad reside en el establecimiento de que esta novedosa filiación tenga sus fines y reglas específicas totalmente ajenas a la realidad".

(6) ALES URÍA, Mercedes, "Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado", DFyP 2013 (marzo), 119. Agrega dicha autora que "esta nueva paternidad de carácter social se sostendría en el propio ordenamiento normativo y su sustrato radicaría en la existencia del afecto y la voluntad de concretarlo asumiendo las obligaciones morales y jurídicas que conlleva la paternidad sobre un menor".

(7) En tal sentido, el art. 575 del Código Civil y Comercial establece lo siguiente: Determinación en las técnicas de reproducción humana asistida. En los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida, la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre, prestado de conformidad con lo dispuesto en este Código y en la ley especial. Cuando en el proceso reproductivo se utilicen gametos de terceros, no se genera vínculo jurídico alguno con éstos, excepto a los fines de los impedimentos matrimoniales en los mismos términos que la adopción plena. La norma no hace más que traducir lo que resulta de los Fundamentos del Anteproyecto del año 2012, donde se afirma lo siguiente: "La voluntad procreacional es el elemento central y fundante para la determinación de la filiación cuando se ha producido por técnicas de reproducción humana asistida, con total independencia de si el material genético pertenece a las personas que, efectivamente, tienen la voluntad de ser padres o madres, o de un tercero ajenos a ellos.

(8) Véase al respecto, LAFFERRIÈRE, Jorge Nicolás y BASSET, Úrsula C., "Dos madres, padre anónimo presunción de maternidad en parejas de hecho no comprobadas, un niño con identidad paterna pretoriamente

ponibilidad de los vínculos filiatorios, que de por sí son indisponibles. La admisión del consentimiento para determinar la filiación como una nueva pauta distinta a la de presunción de paternidad en los supuestos de procreación asistida por parte de personas casadas, comenzó a imponerse principalmente en los Estados Unidos de América, en los casos de maternidad subrogada, por lo general en los supuestos de conflicto entre la madre que gestó un hijo para quienes se lo encargaron, y estos últimos, habiendo distintos tribunales admitido las teorías basadas en la voluntad como atributiva de filiación **(9)**.

Sebastián Fortuna afirma que las nuevas normas constituyen una respuesta al requerimiento de aquellas parejas que desean tener un hijo y no pueden concretar ese deseo mediante el camino tradicional, "so pena de perder absoluto sentido para realidades que han sido excluidas de lo legislativo", así como también, que sobre el afecto "también se construye identidad" **(10)**. Con lo que parece olvidar que, en el supuesto contemplado, el verdadero camino es, en todo caso, la adopción, que es también al que deben acudir en el caso de los matrimonios o parejas de dos hombres; y que la identidad no puede construirse sobre algo tan voluble como el afecto, que así como puede existir, también puede desaparecer.

IV. Para determinar la filiación en la procreación asistida, no interesa quién aportó los gametos

Del art. 562 del Cód. Civ. y Com. surge claramente que, en la procreación asistida, la fecundación heteróloga ningún efecto tiene con respecto a la filiación, lo que afirmamos en el sentido de que para su determinación no interesa la persona que haya aportado los gametos, pareciendo claro que dicha procreación con gametos de terceros agrava los problemas propios de la fecundación artificial **(11)**.

Mercedes Ales Uría afirma al respecto que la aparición de las técnicas de procreación asistida "representan un quiebre asumido por el legislador al principio de verdad biológica en aras a la promoción de ciertos intereses y derechos que no son los de los menores", introducen el principio de autorresponsabilidad en el campo de la filiación como criterio de determinación, e implican el postulado de que la paternidad y la maternidad son roles imputables a partir de la voluntad, y con una predominancia de valores afectivos y sociales. Como también, que dichas técnicas han planteado el debate en torno a la existencia de un derecho a la reproducción, que enfrenta al intérprete con la necesidad de equilibrar los intereses de todos los intervinientes, entre los cuales no puede obviarse al hijo, volviéndose esa necesidad más apremiante en los supuestos de procreación heteróloga. Agrega dicha autora que el niño nacido por aplicación de una de esas técnicas no puede ser tratado de manera desigual que los concebidos por una relación sexual natural, teniendo este el derecho —entre otros— a saber quiénes son sus padres, en otras palabras, "en poseer una filiación completa y la posibilidad de conocer sus verdaderos orígenes" **(12)**.

---

silenciada", DFyP 2011 (julio), 47. Conf., LAFFERIÈRE, Jorge Nicolás, "El nuevo Código Civil y Comercial y la Bioética", E.D. del 21/08/2015, donde dicho autor agrega que "en materia filiatoria, resulta aplicable —por regla— el principio de la verdad biológica, de tal manera que la maternidad y la paternidad se determinan, en última instancia, por el nexo biológico. Ello no es caprichoso, sino que obedece a un principio fundamental que la razón humana puede captar y que responde a la ley natural: el respeto a la originalidad de la transmisión de la vida humana por la unión de varón y mujer. Ciertamente, en las técnicas de procreación artificial no se respeta tal originalidad. Pero en las técnicas heterólogas ni siquiera se respeta la utilización de los gametos de los esposos que recurren a las técnicas".

(9) Véase al respecto, FARNÓS AMORÓS, Esther, "Acceso a la reproducción asistida por parejas del mismo sexo en España: Estado de la cuestión, propuestas y retos", RDF 49, 170.

(10) FORTUNA, Sebastián I., "Comentarios a la normativa sobre técnicas de reproducción humana asistida en el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación", RDF 57, 268.

(11) Véase al respecto, LAFFERRIERE, Jorge Nicolás, "La ley 26.618 y sus implicaciones en materia de filiación a la luz del derecho a la identidad del niño", ob. cit.

(12) ALES URÍA, Mercedes, ob. cit., ps. 119 y s., 1 y 2, y p. 132, 4. Agrega Ales Uría que "ambos intereses son comunes a todos los nacidos y, junto con la lucha por alcanzar la igualdad, constituyen los motivos esenciales —como vertientes de la protección del interés del menor

V. Crítica a la voluntad procreacional para la determinación de la paternidad o comaternidad en la procreación asistida

La voluntad procreacional constituye una creación del nuevo Código, sin antecedentes en nuestra legislación y que lleva a conclusiones inaceptables. Sin perjuicio de lo cual, solo diremos que discrepamos con el hecho de que se haya establecido esta nueva fuente de filiación **(13)** que, salvo con relación a la gestante —que según el nuevo Código, sea que se trate o no de procreación asistida, siempre es la madre del nacido—, deja de lado un aspecto objetivo para la determinación de la filiación, como lo es, como norma general, la relación genética, que es desplazada, para pasar a depender en los supuestos de procreación asistida, de un aspecto subjetivo, como lo es la voluntad, que puede dar lugar a situaciones que bien pueden ser calificadas como inadmisibles. Como se advierte, los redactores del nuevo Código no tuvieron en cuenta la ponencia aprobada en las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en la ciudad de Tucumán en el año 2010, sobre que *la voluntad procreacional no podía ser el elemento único de determinación de la filiación*.

Perrino afirma, con relación a esta pretendida nueva fuente de filiación, que "no se necesita mucho esfuerzo para concluir que lo perseguido con esta incorporación es apartarse de la verdadera naturaleza de la filiación para incorporar una categoría, por medio de la voluntad procreacional y, por tanto, con fundamento tan débil, que han debido dotar de absoluta inmutabilidad a ese vínculo filiatorio, a punto tal que la persona nacida de estas prácticas no tiene acción contra quien aportó el material genético". Así como también, que la norma "viola el orden público, al incorporar la voluntad procreacional como una de las fuentes de la filiación, y omitir considerar que la filiación no puede subordinarse a la libérrima voluntad de las partes", lo que es así en grado tal que no se puede renunciar al estado de padre, de madre o de hijo, y que "el régimen que se pretende imponer le impide a la persona que nazca como consecuencia de las técnicas de referencia poder conocer su propia génesis, su procedencia, aspiración connatural del ser humano, que, incluyendo lo biológico, lo trasciende" **(14)**. En otra nota afirma dicho autor que "la voluntad procreacional no hace más que crear una identidad ficta o simbólica de la persona, haciendo caso omiso a que el conocimiento del origen es condición ineludible para el desarrollo de la personalidad", por lo que el Código "viola el derecho a la identidad porque se le impone al hijo una identidad proveniente de la voluntad procreacional de un tercero ajeno totalmente a la relación materno-filial, que no puede ser contestada, negándole a quien aportó los gametos vínculo alguno con el hijo, e impidiendo toda acción ordenada a la impugnación o reclamación de la filiación" **(15)**.

Parece claro que, como norma general, la identidad de toda persona en relación con sus predecesores o ancestros resulta del nexo genético y no, en cambio, de la voluntad procreacional, tan es así que en los supuestos de procreación asistida se admite con mayor o menor amplitud el derecho que les asiste a los nacidos por la aplicación de alguna de esas técnicas, de informarse ya sea sobre los datos médicos del donante, o hasta de su identidad. Lo que obviamente es así porque no puede desconocerse que la verdadera identidad está regida, como norma general, por el nexo genético, y no por la voluntad. Es curioso que, como bien recuerda Pedro Di Lella, la Argentina, que tan enconada-

y la igualdad de los hijos— que vertebran la transformación sufrida por el Derecho de Filiación a partir de la segunda mitad del siglo XX". Véase, asimismo, ALES URÍA, Mercedes, "Reproducción heteróloga y determinación de la filiación", DFyP 2013 (julio), 207, donde afirma con relación al Anteproyecto de 2012, que si bien sostiene en sus Fundamentos la importancia de algunos derechos y principios rectores, como el derecho a la identidad y la verdad biológica como criterio guía, "presenta serias dificultades al momento de conjugar de manera coherente estos principios con las disposiciones del régimen de filiación que propone".

(13) Conf., AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", DFyP 2012 (julio), 115.

(14) PERRINO, Jorge Oscar, "Filiación. Anteproyecto del Código Civil", LA LEY 2012-A, 581, I, y ps. 582 y 588, VI. Véase también del mismo autor, "Hijos de primera e hijos de segunda", ED 255-786, III.

(15) PERRINO, Jorge Oscar, "Hijos de primera e hijos de segunda", E.D., 255-789, VI, donde, además, agrega que "el derecho a la identidad, presidido por el derecho a la vida y junto al derecho a la dignidad y la libertad, constituye un pilar básico para determinar la verdad de la persona humana".

mente defendió el principio de "verdad biológica" en el debate en las Naciones Unidas previo a la aprobación en el año 1989 de la Convención sobre los Derechos del Niño, tan solo veinticinco años después deja en buena parte de lado ese principio a los efectos de determinar la filiación en los supuestos de procreación asistida, lo que se hace con fundamento en el *interés superior* del niño, que consistiría en que el nacido pueda ser inscripto como hijo de dos mujeres, cuando en realidad el interés que realmente se busca es el de las cónyuges, o de la pareja formada por dos mujeres **(16)**.

Azpiri afirma que la admisión de la voluntad procreacional como una fuente de filiación "centra su atención en la situación de los adultos que han expresado su voluntad, cambiando el eje de la protección legal", que deben ser los niños **(17)**. En ese mismo sentido, Mizrahi entiende que las normas del nuevo Código en materia de procreación asistida "no responden al interés superior del niño... el verdadero interés privilegiado es el del adulto que aspira a procrear, subordinando entonces a este interés —elevado a categoría casi suprema— los derechos del niño que ha de nacer...". Y agrega que "la desbiologización resulta atinada para dar una justa solución a *situaciones de hecho*, pero no debe ser provocada deliberadamente" por medio de las técnicas de procreación asistida **(18)**. A su vez, Berbere Delgado sostiene que la voluntad procreacional sería una *fictio iuris* sin el sustento biológico que caracteriza la naturaleza reproductiva humana, habiendo incorporado de tal manera el nuevo Código una distinción entre los niños concebidos por una relación sexual natural y los nacidos por la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, en que se provoca una disociación definitiva de la identidad genética, vulnerando irremediablemente de manera directa su derecho a la identidad **(19)**.

Con relación al tema en análisis, Corral Talciani dice que, si para determinar la filiación se privilegiaran elementos de tipo voluntarista en lugar del dato biológico —esto es, la aportación genética—, que según afirma dicho autor, debe ser considerada la piedra fundamental que da seguridad al edificio, se llegaría a consagrar jurídicamente que padre es solo quien quiere asumir la posición jurídica y social de tal, con lo cual se consagraría el principio de que "es padre el que quiere serlo" **(20)**. Belluscio afirma con relación a la voluntad procreacional, que nada bueno puede esperarse de atribuir legitimidad a la falsedad, y que, en todo caso, "más lógico habría sido aceptar una adopción plena de trámite simplificado para quienes aceptan convertirse en padres o madres de quienes no llevan sus genes". Agrega dicho autor que "la nueva legislación se desentiende del interés superior del menor, consagrado por el bloque constitucional comprensivo de la Constitución misma y de los tratados internacionales de derechos humanos, amparando el interés de los adultos y desentendiéndose del de los futuros seres concebidos mediante el aporte a la pareja de células reproductivas de extraños, seguramente en la mayor parte de los casos movidos por el interés económico de negociar elementos de su cuerpo. Es la demostración de que el hilo conductor de las soluciones consagradas no es siquiera el individualismo sino el más crudo egoísmo. Así, en este caso se privilegia el deseo de aquellos a quienes la naturaleza les niega la posibilidad de procrear y que alimentan el circuito comercial de una dudosa ética, desentendiéndose del interés de los futuros nacidos..." **(21)**.

(16) DI LELLA, Pedro, "Filiación y autonomía de la voluntad (A propósito de la ley 26.618", RDF 50, 137 y ss., y 147.

(17) AZPIRI, Jorge O., "La filiación en el Proyecto de Código Civil y Comercial", ob. cit., p. 116, 3. Conf., BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", ob. cit., p. 143, donde pone de relieve que el niño es tratado como un objeto, destacando asimismo el grado de vulnerabilidad en que puede ser colocado.

(18) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", DFyP 2012 (julio), 124.

(19) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", ob. cit., p. 144, III.

(20) CORRAL TALCIANI, Hernán, "Familia y Derecho. Estudios sobre la realidad jurídica de la familia", Santiago de Chile, 1994, ps. 167 y ss.

(21) "La filiación en el Código Civil y Comercial, J.A., diario del 27-05-2015, I. Afirma Mercedes Ales Uría que la exigencia de que biología y filiación formal coincidan, responde a que usualmente es la vía más idónea para tutelar los intereses del menor, no sólo como instrumento de salvaguarda legal del derecho a la identidad del naci-

Belluscio habla de falsedad con relación a la voluntad procreacional y, similarmente, Berbere Delgado afirma que la voluntad procreacional como expresión de la autonomía privada que se pretende incorporar en los supuestos de fecundación heteróloga, materializa una situación artificial y adulterada para la construcción de la identidad, estableciendo un ámbito de realidad simulada o ficticia que en la mayoría de los casos provoca una sensación de no pertenencia a la familia impuesta **(22)**. A su vez, Mazzinghi considera excesiva la valoración del elemento intencional como determinante de la filiación, y afirma que dicho criterio de alguna manera transforma al hijo en algo muy semejante al objeto de un contrato, respecto del cual la intención de las partes puede ser decisiva. Sostiene dicho autor que "cuando se trata de filiación, el *objeto* es una persona humana y su dignidad no consiente que se disponga de su emplazamiento familiar según factores enteramente subjetivos" **(23)**.

Lafferrière, por su parte, entiende que la norma según la cual la voluntad procreacional define la identidad del niño, conduce a su cosificación, puesto que de tal manera deja de ser persona para pasar a ser un objeto a merced de la decisión voluntaria de sus padres en la definición de los elementos más determinantes de su identidad. Como también, que "la determinación de la filiación a través del nexo biológico y las consecuencias que de ello se siguen no surgen de una convención voluntarista, sino de una sana concepción antropológica en la que se reconoce a la persona en su dimensión de cuerpo y alma. Las relaciones de filiación, por tanto, no pueden quedar a merced de la voluntad de los particulares sin un grave perjuicio para los niños y para las mismas relaciones sociales" **(24)**. Con relación a lo cual debemos recordar que de conformidad al art. 3° *in fine* de la ley 26.061, "cuando exista confusión entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos igualmente legítimos, prevalecerán los primeros", lo que constituye una idea rectora que, como dice Mizrahi, en el Código Civil y Comercial aparece invertida, pues "el interés que sin el menor asomo de duda se hace prevalecer es el llamado derecho a la reproducción del *adulto*, más allá de que se afecte o no al niño por nacer" **(25)**. Lo cual constituye una flagrante violación tanto de la Convención sobre los Derechos del Niño, que tiene jerarquía constitucional (conf. art. 75 inciso 22 CN), como de la ley 26.061 **(26)**.

Recordamos asimismo a Úrsula Basset, cuando sostiene que "transformar la concepción y la identidad del niño en un contrato sujeto a la autonomía de la voluntad de los adultos es una de las acuñaciones más atroces que puedan pensarse en materia de afectación de los derechos

---

do y que el hombre y la mujer que lo engendraron sean conocidos por aquél, sino también porque implica que los progenitores van a asumir frente a él los derechos y deberes propios de la patria potestad ("Las disociaciones de la maternidad y paternidad a partir de las TRHA. Un análisis del Proyecto de Reforma a partir del derecho comparado, ob. cit., p. 121 y s.)

(22) BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", ob. cit., p. 145, III.

(23) Tratado de Derecho de Familia, Buenos Aires, 2006, 4ª ed., t. IV, p. 126, parágr. 727, a).

(24) LAFFERRIÉRE, Jorge Nicolás, "Dos madres por reconocimiento sucesivos, voluntad procreacional y manipulación de la de la identidad de los niños por activismo judicial en la Ciudad de Buenos Aires", ED 243-754, 3. Conf., en que la voluntad procreacional como atributiva de filiación cosifica al hijo, ORTELLI, Ana, "Dos madres para un niño sin derechos. Entre la verdad y la voluntad", ED 243-774.

(25) MIZRAHI, Mauricio Luis, "Observaciones al Proyecto en materia de filiación", ob. cit., p. 124, II. Recuerda dicho autor la jurisprudencia invariable de la CS en el sentido de que el interés primordial de los niños orienta y condiciona toda decisión de los tribunales de todas las instancias, lo que hace que se requiera adoptar medidas especiales para su protección, en atención a su condición de vulnerabilidad. Conf. en que el nuevo Código protege el interés de los que quieren tener un hijo, que es inferior al del interés superior del niño, LAJE, Alejandro, "Las derivaciones inmediatas y mediatas del vínculo materno-filial por el Proyecto", DFyP 2012 (julio), 138, III; BERBERE DELGADO, Jorge Carlos, "El Derecho Filial en el Proyecto de Código Civil y Comercial. Nuevos paradigmas", DFyP 2012 (julio), 141.

(26) Conf., QUINTANA, Eduardo Martín, "Persona y filiación en la legislación actual y el Proyecto de Reforma del Código Civil y Comercial Unificado", ob. cit., ps. 218, 2.1. y 219, 2.3. Sostiene dicho autor que mediante las técnicas de procreación asistida "se pretende satisfacer la voluntad y el deseo de los adultos, aun corriendo el riesgo de vulnerar el derecho a la identidad del menor al eliminar de su historia a sus padres biológicos".

del niño. Es un agravio a la dignidad de todos los niños (concebidos por hetero y homosexuales con el concurso de una persona del sexo opuesto)" **(27)**. En otro trabajo Basset afirma que en la regulación de las técnicas de procreación asistida, el Código Civil y Comercial demuestra el mayor desinterés por los niños nacidos de esas técnicas, como también, que la imposibilidad que resulta del Código de poder impugnar la filiación por parte de los nacidos por procreación asistida "es la consagración jurídica definitiva del divorcio entre verdad y derecho, en aras de una regulación adultocéntrica, a la que le cuesta encontrar un equilibrio razonable en el movimiento pendular entre el ansia de los padres de tener un hijo y los derechos de los hijos concebidos" **(28)**. También González Magaña afirma que el nuevo texto impone un criterio adulto céntrico, a diferencia del criterio rector de la ley 23.264, "cuyo centro para determinar vínculos filiales era el hijo, a quien la ley le brindaba los elementos necesarios para que —dentro de lo posible— pudiera adecuar su realidad biológica a sus vínculos filiales" **(29)**. Mientras que Verónica Polverini sostiene que la voluntad de los adultos y no la identidad de los niños, pasa a ser el eje para determinar la paternidad y la maternidad bajo la forma de un consentimiento informado expresado con determinados requisitos **(30)**.

La diferenciación que efectúa el nuevo Código con relación al ejercicio de derechos entre quienes nacieron con motivo de una relación sexual natural y los que lo hicieron por aplicación de uno de los procedimientos de procreación asistida, es notoria e injustificable, y ello a pesar de ser la filiación una sola —aunque con distintas fuentes—, lo que hace que los niños deben tener los mismos derechos. Sin embargo, el Código Civil y Comercial discrimina a los hijos según el origen de acuerdo al cual fueron creados, esto es, si lo fueron por procreación asistida o mediante una relación sexual natural, por cuanto veda a los primeros pero no a estos últimos impugnar la filiación (arts. 588 y sigs.) **(31)**, lo que viola claramente la norma constitucional que dispone que todos los hijos son iguales (Pacto de San José de Costa Rica, Convención sobre los Derechos del Niño), igualdad que, en cambio, resultaba de las disposiciones de la ley 23.264. Esa discriminación permite afirmar que en el caso no se ha cumplido con lo expresado en los Fundamentos del Anteproyecto de Código presentado en el año 2012, donde entre los principios que lo han guiado, se enuncian los siguientes: "*Código de la igualdad*. Los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables. *Código basado en un paradigma no discriminatorio*. En la tradición histórica, el sujeto del derecho privado ha sido el hombre. Se ha cambiado este paradigma para concebirlo en términos igualitarios, sin discriminaciones basadas en el sexo, la religión, el origen o su riqueza...".

No obstante, para tratar —inútilmente, por cierto— de eludir la imputación de discriminación, se hace referencia a la "verdad jurídica" que "garantice el derecho a la identidad de las personas involucradas" **(32)**. Basset afirma al respecto al analizar la nueva normativa relativa tanto a la procreación asistida como al matrimonio entre personas del mismo sexo, que "la filiación se vuelve más una construcción jurídica que el resultado de una realidad social o

(27) "La *suprema potestas* del juez contencioso administrativo porteño para gestar la paternidad, hacer la ley y negar la identidad. Otro niño que tendrá dos madres y ningún padre", E.D., 243-783, h).

(28) BASSET, Úrsula C. "La democratización de la filiación asistida", LA LEY 2014-F, 609. Véase asimismo de Basset, "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ALTERINI, Jorge A. (dir.) y ALTERINI, Ignacio E., (coord.) La Ley, Buenos Aires, 2015, t. III, ps. 418 y s.

(29) GONZÁLEZ MAGAÑA, Ignacio, "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", ob. cit., t. II, p. 350, nº 1.2.3.

(30) "La voluntad procreativa como causa fuente de filiación", en Análisis del Proyecto de nuevo Código Civil y Comercial 2012, AA.VV., Buenos Aires, 2012, p. 305, B).

(31) Conf., entre muchos otros, GARCÍA de SOLAVAGIONE, Alicia, "Filiación por naturaleza o biológica", en Derecho de Familia y de las Personas. Nuevo enfoque jurídico, AA.VV., Córdoba, 2014, ps. 138 y s.

(32) Véase al respecto, PERACCA, Ana G., "Principales modificaciones en materia de acciones de filiación y prueba", en Código Civil y Comercial de la Nación. Suplem. Esp. La Ley, Familia: Filiación y Responsabilidad Parental, Buenos Aires, 2015, p. 7, nº 4.2.

biológica. No está inspirada en los hechos (posesión de estado de hijo, trato de hijo), ni en la biología. Es una construcción jurídica fundada esencialmente en un derecho subjetivo a la realización de la vida familiar, que se instrumenta contractualmente" **(33)**. Con relación a lo cual, debe tenerse presente que para poder la filiación ser calificada como "verdad jurídica", debe asentarse en bases objetivas, y no en la simple voluntad del legislador. Y no es precisamente eso lo que ocurre con la normativa actual. Es por ello que, en el trabajo recién citado, Basset afirma, con razón, que "la biología no es todo en la filiación, pero tampoco puede pretenderse que no es nada, o que no tiene significación alguna en la identidad de la persona y que el derecho puede disimular o escamotearla sin consecuencias. Tapar los ojos frente a esa realidad puede ser una decisión a largo o corto plazo insostenible".

Por nuestra parte y como resulta de lo hasta aquí expresado, no creemos que la voluntad procreacional constituya una pauta valiosa para la determinación —que bien puede ser calificada de *falsa*— de la maternidad o la paternidad en la procreación asistida, pareciendo, por el contrario, que crea graves confusiones que no favorecen en absoluto la previsibilidad y la seguridad que debe tratar de lograrse en esta materia, no debiendo olvidarse que en este tipo de cuestiones se encuentra involucrado en importante medida el orden público, que no deja casi margen para la actuación de la voluntad de las personas involucradas. Además, no advertimos la razón lógica por la cual la voluntad procreacional va a constituir una fuente de filiación en los supuestos de procreación asistida, pero no, en cambio, en la filiación cuya fuente es la naturaleza, aunque en ninguno de esos supuestos debería admitírsela.

En definitiva, creemos inconveniente que, para la determinación de la filiación en los supuestos de la aplicación de alguna de las técnicas de procreación asistida, se haya dejado total y absolutamente de lado —cualesquiera sean las circunstancias— la aportación genética, que constituye uno de los pilares en el que se fundamenta la paternidad, a lo cual se arribó luego de un arduo camino.

(33) BASSET, Úrsula C., "Código Civil y Comercial Comentado. Tratado exegético", ob. cit., t. III, p. 420. En la pág. sig. afirma que el sustrato más fundamental de la identidad es el genético, que es probablemente la base más estable de la identidad.

Análisis de la gestación por sustitución en el derecho internacional privado y el ordenamiento interno

Candela Gómez Franco (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Definiciones.— III. La gestación por sustitución en el derecho comparado.— IV. La gestación por sustitución en Argentina. Mejor no hablar de ciertas cosas....— V. El orden público y el interés superior del niño.— VI. Voces en contra de la gestación por sustitución.— VII. Voces a favor de la gestación por sustitución.— VIII. Conclusiones.— IX. Bibliografía consultada.

"No son los más fuertes de la especie los que sobreviven, ni los más inteligentes. Sobreviven los más flexibles y adaptables a los cambios".

Charles DARWIN.

I. Introducción

En las próximas líneas se intentará analizar la gestación por sustitución tanto en el derecho internacional privado como en el ordenamiento interno, los derechos que se encuentran estrechamente vinculados con ella, las consecuencias de su vacío legal en Argentina y su posible admisión en nuestra normativa local, su colisión con los derechos humanos y las voces en contra y a favor de esta compleja temática.

II. Definiciones

La palabra "subrogar" proviene del latín *subrogare*, y según el Diccionario de la Real Academia Española significa "sustituir o poner a alguien o algo en lugar de otra persona o cosa".

En los casos de gestación por sustitución, una persona "subroga" a otra, ya que, quien geste el embarazo y luego dé a luz reemplazará a quien o quienes no puedan hacerlo.

Como a través de esta práctica la persona gestante no desea ser la progenitora de ese niño o niña por nacer, sino aquel o aquellos que los llamaremos "comitentes", la gestación por sustitución supone una clara *disociación* entre el *factor gestacional, el factor genético y el factor socioafectivo o volitivo.* Es decir, el que expresa que quiere ser progenitor o progenitora no es la misma persona que lleva adelante el embarazo y viceversa.

Respecto a las *modalidades,* la gestación por sustitución puede llevarse a cabo en dos:

1. *tradicional o plena*, cuando la gestante aporta su material genético mientras que el gameto masculino podrá ser aportado por el comitente o por un donante anónimo; o

2. *gestacional o parcial*, cuando la concepción tiene lugar fuera del cuerpo de la persona ges-

(*) Abogada egresada de la Universidad de Buenos Aires con Diploma de Honor. Cursó la Especialización en Derecho de Familia, Niñez y Adolescencia en la UBA (con tesis pendiente). Se encuentra cursando actualmente la Maestría del mismo depto.

tante, es decir, que se practicará la fecundación *in vitro* con el aporte de óvulos y esperma de los comitentes, con el gameto de solo uno de ellos o incluso con ambos materiales genéticos donados por terceros.

III. La gestación por sustitución en el derecho comparado

En el plano del derecho internacional privado existen diversas legislaciones que han optado por: a) Recepcionar dicha práctica ("admisión amplia" o solo cuando es altruista); b) prohibirla expresamente; o c) abstenerse de regularla.

Así, países como Alemania (Ley sobre Protección de Embriones de 1990), Suiza (Ley Federal de la Procreación de Medicina Asistida art. 40), Suecia (ley 711), Quebec (Código Civil art. 541), Austria (Ley Federal sobre Reproducción Asistida art. 2º), España (ley 14 del año 2006 art. 10), Francia (Código Civil Francés arts. 16 y 17), Portugal, Turquía, Serbia, Montenegro, Finlandia, Estonia, Dinamarca, Chile, Eslovenia, Noruega, Irlanda, Bulgaria, China, Japón e Italia (ley 40 del año 2004 art. 40) *la prohíben expresamente,* ya que, consideran que el objeto del contrato es ilegal.

Otros sistemas han optado por la *abstención* respecto de la regulación, como es el caso de la Argentina, sin perjuicio de su regulación afín de las TRHA.

También detectamos aquellos ordenamientos que *las admiten y fomentan abiertamente,* con independencia al fin de lucro o no, como es el caso de Israel (ley "Embryo Carrying Agreements Law" del año 1996), Ucrania, Rusia, Estados mexicanos como DF, Sinaloa y Tabasco, Nueva Zelanda, India y la mayoría de los Estados de EE. UU.

Y también podemos observar normativas que han optado por *recepcionar* la gestación por sustitución *siempre y cuando se trate de contratos altruistas* (la llamada "gestación solidaria", es decir, sin que a la gestante se la compense económicamente) países como Canadá (ley "Assisted Human Reproduction"), Australia, Tailandia, Sudáfrica ("Children's Act" 38 del año 2005), Georgia, Bélgica, Reino Unido, Grecia (ley 3089 sobre fecundación asistida del año 2002), Uruguay (ley 19.167 de "Reproducción humana asistida" del año 2013) y Brasil (res. 1957/2010), entre otros.

Veamos entonces, a modo de ejemplo, algunas particularidades en las disposiciones de los países sindicados.

III.1. Algunas legislaciones en particular

1. España, por su parte, en el art. 10 de la ley 14/2006 de Técnicas de Reproducción Asistida prohíbe expresamente la gestación por sustitución por considerarlos contratos con objeto ilícito: "será nulo de pleno derecho el contrato por el que se convenga la gestación, con o sin precio, a cargo de una mujer que renuncia a la filiación materna a favor del contratante o de un tercero. La filiación de los hijos nacidos por gestación de sustitución será determinada por el parto. Queda a salvo la posible acción de reclamación de la paternidad respecto del padre biológico, conforme a las reglas generales".

En virtud de lo cual, cualquier contrato que se celebre al respecto será nulo y la filiación quedará determinada por quien dé a luz al niño o niña nacida (*mater semper certa est*).

2. Alemania, según su "ley 745/90 de Protección del Embrión" del 13/12/1990, en su art. 1º referido a la utilización abusiva de las técnicas de reproducción, establece que: "1. Será sancionado con una pena privativa de la libertad de hasta tres años o de una multa quien: 1) Procediera a transferir a una mujer el óvulo de otra; 2) Fecundara artificialmente un óvulo con fines distintos que los de iniciar un embarazo en la mujer de quien proviene el óvulo; [...]; 7) Fecundara artificialmente o transfiriera un embrión a una mujer dispuesta a entregar el niño a terceros luego de su nacimiento".

3. Suiza prohíbe expresamente la gestación por su sustitución en todas sus modalidades conforme art. 4º de la Ley Federal sobre Procreación Medicamente asistida del año 1998 (reformada en 2006), tanto a título oneroso como gratuito, y además, en el art. 119, 2), d) de la Constitución Federal expresa categóricamente que "la donación de embriones y todas

las formas de maternidad de sustitución están prohibidas".

4. Estados Unidos. Los Estados de EE. UU. que adhirieron a la "Uniform Parentage Act" (UPA, 1973 reformada en 1997) como Delaware, Texas, Washington y Wyoming más otros Estados según la jurisprudencia norteamericana como Pe, Texas y Florida admiten la gestación por sustitución con contrato oneroso.

El Estado de Manhattan prohíbe la gestación por sustitución con multas de hasta 10.000 dólares para los solicitantes como a cualquier intermediario del proceso, mientras que en los Estados de Arizona y Michigan los comitentes pueden ser multados hasta 50.000 dólares y pena de cárcel hasta 1 año. También hay Estados donde la gestación por sustitución directamente está prohibida y el contrato es nulo, como en Kansas, Luisiana, Nebraska e Indiana.

5. India. La gestación por sustitución es un instituto legal para este país. Recientemente se ha prohibido la realización de esta práctica para extranjeros, en virtud del gran turismo reproductivo que se generaba allí y la particular situación de vulnerabilidad de las gestantes que se sometían a reiterados embarazos atento sus bajos recursos.

En la India se encuentran reguladas diversas normas básicas que deben seguirse en cualquier proceso médico de este tipo, entre ellas, que la persona gestante renuncie a todos los derechos respecto del cuidado y la responsabilidad parental del hijo o hija a nacer tras el parto, cediendo todos los derechos y obligaciones a el o los comitentes. A las parejas heterosexuales se les pide que acrediten la razón médica por la cual no pueden gestar a sus propios hijos.

Como particularidad, si bien se les expide un certificado de nacimiento en el que figura el nombre de los comitentes, la India no otorga la nacionalidad india a aquellos hijos nacidos de extranjeros, aunque nazcan dentro del territorio.

6. Ucrania. El art. 123.2 del Código de Familia dispone que "en caso de que el embrión generado por los cónyuges sea transferido a otra mujer, los cónyuges serán los padres del niño, incluso en los programas de gestación por sustitución". El punto 3 de dicho artículo consagra a los cónyuges la posibilidad de realizar la fecundación in vitro con ovocitos donados y, en cualquier caso, se considerará que el embrión procede de los cónyuges. El aspecto médico de esta cuestión viene regulado por la Orden del Ministerio de Salud de Ucrania 771 del año 2008. Entre otras cuestiones, se estableció que la persona gestante deberá tener entre 20 y 35 años, gozar de buena salud física y psíquica, y haber tenido al menos un hijo propio sano con anterioridad. Después del nacimiento la pareja de comitentes obtiene el certificado ucraniano de nacimiento en el cual los dos constan como padre y madre. En la Orden 771 del Ministerio de Salud se dispuso que solo podrán acceder a la gestación por sustitución quienes tengan imposibilidad de gestar o llevar a cabo el embarazo.

7. Rusia. Para este ordenamiento la gestación por sustitución es legal y es accesible para prácticamente todos los mayores de edad que desean ser padres, aunque cuentan con ciertas indicaciones médicas para acudir a la gestación por sustitución: ausencia del útero, malformaciones del útero o del cérvix, sinequia uterina, enfermedades somáticas en las cuales está contraindicado el embarazo, reiterados intentos fallidos de FIV cuando se generan embriones de alta calidad pero, una vez transferidos, no se consigue el embarazo. La inscripción registral de los niños nacidos a través de la maternidad subrogada se rige por el Código de Familia de Rusia (arts. 51 y 52) y la Ley de Actos del Estado Civil (art. 16).

La persona gestante tiene que dar su consentimiento para que sea registrado el nacido. No se requiere para tal efecto, ni una resolución judicial, ni el procedimiento de adopción y el nombre de la persona gestante nunca consta en el certificado de nacimiento porque no es obligatorio que el niño tenga el vínculo genético con por lo menos uno de sus padres comitentes. Los niños nacidos por esta práctica pueden ser por el deseo de personas solteras o parejas de hecho heterosexuales (art. 5º del Código de Familia), para lo cual puede necesitarse una resolución judicial. Se aplica un criterio discriminatorio para los homosexuales ya sea individual o en pareja.

8. Grecia. En el año 2002 con la ley 3089/2002 sobre Reproducción Humana Asistida se incorporaron reglas específicas que admitían la gestación por sustitución. Cabe mencionar que solo se permite esta técnica en caso de que no haya ningún vínculo genético entre la gestante y el/los embrión/es y solo pueden acceder a ella mujeres con pruebas médicas que confirmen la imposibilidad de gestar por sí mismas. Al igual que para Israel y Sudáfrica, se regula un proceso de "preaprobación" de los acuerdos de gestación por sustitución, mediante el cual los comitentes y la gestante deberán presentar su arreglo ante un organismo (ya sea un juez, tribunal o comité) para que lo apruebe antes de proceder con el tratamiento médico. Estos organismos deben verificar el cumplimiento de las condiciones previstas en la legislación.

9. Israel, con su ley 5746 del año 1996 sobre "Acuerdos de gestación por sustitución" admite la gestación por sustitución y establece ciertos requisitos. Entre ellos, que los comitentes sean una pareja heterosexual, que la comitente acredite su infertilidad o incapacidad de llevar a cabo el proceso de gestación; que los embriones deben haberse creado *in vitro* con óvulos de la madre comitente o de otra mujer, y esperma del padre comitente. Asimismo, la gestante no puede estar relacionada, excepto por adopción, a la comitente; debe ser soltera, aunque el Comité puede aprobar el acuerdo si la pareja comitente acredita que hizo todo lo posible por celebrarlo con una mujer soltera; la gestante debe profesar la misma religión que la comitente, pero si ninguna de las partes es judía, este requisito puede dejarse de lado. El acuerdo debe ser aprobado por un comité.

La ley establece que la paternidad legal de un niño nacido por gestación por sustitución tiene que ser autorizada por orden judicial. Sin embargo, la regla por defecto establecida por dicha ley establece que los comitentes deberán ser los padres legales del niño. La ley dispone que, la gestante no puede rescindir el contrato, salvo que el tribunal considere que ha habido un cambio de circunstancias que justifiquen tal acción, y solo si se prueba ante el tribunal que es en el mejor interés del niño. Tras la concesión de una orden de paternidad, la gestante no podrá rescindir el contrato.

En el segundo grupo, la regulación se refiere a poner en marcha un procedimiento para que los comitentes obtengan la paternidad legal del niño nacido como resultado de un acuerdo de gestación por sustitución ex post facto. Aquí la atención se centra en la transferencia de la filiación posparto **(1)**. Este sistema es más protector de la gestante, ya que le da la posibilidad del arrepentimiento.

10. Reino Unido regula la gestación por sustitución solo cuando se realiza sin fines lucrativos. En la ley "Human Fertilisation and Embryology Act" se penaliza a aquellos acuerdos que tengan fines lucrativos y se le reconoce el reembolso de los gastos en que ha incurrido la persona gestante durante el embarazo. Esta ley reconoce como progenitora a quien da a luz, y exige que la pareja de comitentes adopte al recién nacido si la gestante le entrega voluntariamente el niño/a.

Es decir, que luego del nacimiento del niño, los "padres intencionales" realizan una solicitud de transferencia de paternidad la cual para llevarla a cabo deben estar casados, en una unión civil o en convivencia, que el embarazo no se produzca mediante contacto sexual, que el niño viva con los padres intencionales desde el nacimiento, que uno de los padres intencionales esté domiciliado en el Reino Unido, y que al menos los solicitantes tengan una conexión genética parcial con el niño. La solicitud debe realizarse durante los 6 meses que siguen al nacimiento del niño y la gestante no puede dar su consentimiento a la transferencia hasta al menos 6 semanas después del nacimiento. Además, se debe demostrar que no ha habido ningún intercambio de dinero o beneficio que se salga de los gastos razonables del proceso.

11. Tailandia, Sudáfrica e India regulan la gestación por subrogación permitida solo para sus residentes, en atención a las deplorables condiciones en que se encontraban las personas gestantes, la gran cantidad de turismo reproductivo y porque la marcada diferencia social que pesa sobre estos países conllevaba que quienes se

(1) LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución, Realidad y Derecho", InDret 3/2012, Revista para el Análisis del Derecho. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf, p. 15.

ofrezcan para este "servicio" sean siempre aquellas de bajos recursos económicos.

Para el caso de Sudáfrica, se les exige a los comitentes que acrediten la imposibilidad de concebir o llevar adelante el embarazo con más la utilización de por lo menos uno de sus gametos.

12. Canadá, por su parte, permite la gestación por sustitución y se le reconoce el reembolso de los gastos en que haya incurrido la gestante incluyendo el lucro cesante.

13. Brasil. Permite la utilización de este tipo de TRHA siempre que sea de carácter gratuito y cuando existe un problema médico que implique o contraindique la gestación por parte de la dadora genética. Se establece que la dadora de útero deberá ser pariente hasta el segundo grado de la dadora genética.

14. Uruguay dispone que el acuerdo de esta práctica deberá ser gratuito y suscripto por todas las partes intervinientes, determinándose la filiación a favor de quienes hayan solicitado la gestación por sustitución.

De modo tal que regula la gestación por sustitución altruista, disponiendo expresamente que "[s]erán absolutamente nulos los contratos a título oneroso o gratuito entre una pareja o mujer que provea gametos o embriones, sean estos propios o de terceros para la gestación en el útero de otra mujer, obligando a esta a entregar el nacido a la otra parte o a un tercero", con la excepción del art. 25, salvo que "…la situación de la mujer cuyo útero no pueda gestar su embarazo debido a enfermedades genéticas o adquiridas, quien podrá acordar con un familiar suyo de segundo grado de consanguinidad, o de su pareja en su caso, la implantación y gestación del embrión propio… La incapacidad referida deberá ser diagnosticada por el equipo tratante, el que deberá elevar un informe a la Comisión Honoraria de Reproducción Humana Asistida para su conocimiento, la que evaluará si se cumplen las condiciones establecidas en el inciso segundo de este artículo".

15. México (Estados de Sinaloa, DF y Tabasco). Para el caso del DF en el año 2010 se aprobó la "Ley de Maternidad Subrogada" **(2)**. Con respecto a los Estados de Sinaloa y Tabasco cabe decir que ambos permiten la práctica de la gestación por sustitución, solamente para determinados casos.

Sinaloa la regula en los arts. 283 y ss. del Código de Familia reformado en el año 2013 mientras que en el mes de enero de 2016 se reformó el Código Civil del Estado de Tabasco, poniendo un límite en el acceso a la gestación por sustitución, solo para aquellas personas que presenten contraindicaciones médicas para gestar o llevar adelante un embarazo, excluyéndose a la diversidad sexual (parejas homosexuales), a los solteros, a los extranjeros y a los mexicanos con parejas extranjeras. En definitiva, solo es posible para parejas heterosexuales con "problemas de fertilidad".

Así lo demuestra el impactante documental llamado *Deseos* **(3)**, donde el Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) presenta la gestación subrogada como una práctica que acontece en la realidad, que mientras se la juzga no se sabe, ni se le pregunta a la gente que está involucrada, haciendo hincapié en que las políticas públicas de la legislación no pueden dictarse a partir de que uno piense.

De este modo podemos observar que numerosas legislaciones han optado por expedirse al respecto, ya sea prohibiendo o regulando la gestación por sustitución, pero, claro está, la postura abstencionista no resulta ser de modo alguno la adecuada respuesta a este tipo de prácticas.

El silencio legislativo no impide la realización actual de este tipo de TRHA y lo que es peor aún, deja al descubierto de la correspondiente protección de quienes la llevan a cabo.

Por otro lado, cabe decir que, con la prohibición de la gestación por sustitución en la mayoría de los países integrantes de la Unión Europea, lo único que se ha logrado promover

(2) CONTRERAS JULIÁN, Maricela, "Iniciativa con proyecto de decreto por el que se expide la Ley de Maternidad Subrogada del Distrito Federal", 26/11/2009.

(3) https://youtu.be/nyHUQAiQ1es.

o fomentar es lo que se conoce como "turismo reproductivo", es decir, que aquellos que deseen acceder a dicha técnica se trasladen a países donde se encuentra admitida, para luego solicitar el reconocimiento de la filiación extranjera, o bien el emplazamiento filial en el territorio de su residencia.

Es decir que, pese a la prohibición legal, estos países han tenido que soportar el reconocimiento en el territorio nacional de la gestación por sustitución realizada, por sus propios ciudadanos en el extranjero, tal como veremos a continuación.

III.2. Primeros antecedentes

En el año 1976, en Estados Unidos de Norteamérica, el abogado Michigan N. Keane fundó la primera empresa de "alquiler de vientres". En sus comienzos, esta agencia solo ofrecía lo que se conoció como gestación subrogada "tradicional", es decir, que el material genético estaba compuesto por la donación del óvulo de quien sería la gestante y el semen lo aportaba el progenitor biológico.

En el año 1980 se firmó el primer contrato comercial de gestación subrogada que permitió a la gestante Elizabeth Kane recibir 10.000 dólares por gestar y dar a luz al bebé de otra pareja.

El primer caso documentado de subrogación gestacional completa también tuvo lugar en 1985 en Estados Unidos. Fue la primera vez que se pudo transferir al útero de una mujer un embrión, creado con los gametos de los comitentes, mediante la técnica de la fecundación *in vitro*.

En 1986, el caso conocido como "Baby M" en alusión al nacimiento de Melissa Stern fue decisivo en la historia de la gestación subrogada, ya que, sentó las bases para que un bebé pueda reconocerse como hijo de los comitentes o requirentes (llamados "padres de intención"), independientemente de quién haya aportado los gametos y su discrepancia en el material genético.

En este caso se presentó el matrimonio conformado por William y Elizabeth Stern, quienes habían contratado a Mary Beth Whitehead en forma onerosa para que esta engendrara un hijo, aportando el marido su material genético. El conflicto surgió cuando nació la niña, ya que su madre biológica (Mary) se negó a entregársela al matrimonio y, por ende, debió intervenir el Tribunal de Nueva Jersey.

El juez de Primera Instancia dictaminó que el contrato era válido y ordenó la entrega urgente de la niña al matrimonio, autorizando respecto a la Sra. Stern la adopción por integración, por ser la esposa del donante.

El Máximo Tribunal revocó dicha resolución, declaró nulo el contrato de gestación por sustitución, otorgó la guarda de la niña a quien había aportado su material genético masculino, decretó la nulidad de la adopción por integración respecto a la esposa del progenitor biológico y declaró de pleno derecho la filiación correspondiente a la madre biológica (la gestante) con un régimen de comunicación a su favor.

El siguiente caso fue "Johnson vs. Calvert" en el año 1993. El Tribunal Supremo de California elaboró la llamada "teoría de la intención" para establecer la custodia de los bebés nacidos mediante este procedimiento.

En este caso, cabe aclarar que ambos integrantes del matrimonio habían aportado su material genético a la gestante que contrataron en forma onerosa para llevar adelante un embarazo (doble vínculo filial: tanto en el aspecto genético como en el aspecto volitivo). Por ello, la Corte Suprema de California dictaminó que "el esposo y la esposa son los padres naturales del niño y que esta solución no afecta las constituciones estadual y federal y tampoco el orden público", en virtud de lo cual se estableció la filiación a favor del matrimonio. Y, además, se explicó que "si bien la ley reconoce, tanto a la consanguinidad genética como al dar a luz, como medios para establecer una relación de maternidad, cuando los dos medios no coincidan en una sola mujer, entonces, debe ser considerada como madre natural bajo el derecho de California aquella que tuvo la intención de procrear al niño, esto es, aquella que quiso provocar el nacimiento del niño y al cual ella tenía la intención de criar como propio".

En el año 1989 la Corte de Casación Francesa, en un caso que se demandaba a una institución que proponía "madres sustitutas inseminadas artificialmente a cambio de un costo", se pronunció afirmando que "es ilícito el objeto de la asociación que tiende a favorecer la conclusión y ejecución de convenciones que contravienen el principio de orden público e indisponibilidad del estado de las personas a través de una renuncia y cesión, ambas prohibidas, de los derechos de la futura madre. La actividad de la asociación conlleva el alejamiento del espíritu del instituto de la adopción, en tanto crea una situación de abandono. El derecho de casarse y fundar una familia no implica el derecho de concluir con un tercero convenciones que versen sobre la suerte del niño por nacer, no siguiéndose, de ello, que se esté instaurando una discriminación en razón del nacimiento".

Por su parte, el caso "Buzzanca c. Buzzanca" del año 1995 en California permitió establecer la responsabilidad legal de la pareja desde el momento en que firman el contrato de gestación subrogada, manifestando su deseo de convertirse en padres. Los esposos Buzzanca se divorciaron un mes antes de que la gestante diera a luz a su hija, por lo que uno de ellos se quiso desentender de la beba por nacer alegando que los gametos eran de donantes. Pero con buen criterio, el Tribunal sentenció que su responsabilidad quedó establecida al suscribir el contrato al haber exteriorizado su voluntad procreacional al momento de la implantación.

Claro estaba que, por aquel entonces, comenzaban a surgir precedentes de este tipo con vistas a la protección de los niños y niñas nacidos (o por nacer) a través de la gestación subrogada.

Con el avance de la ciencia se fueron propagando otros casos en el resto del mundo. Así, cuando corría el año 1987, se dio lugar en Sudáfrica el primer caso de gestación por subrogación dentro de una misma familia: Pat Anthony gestó y dio a luz a sus propios nietos para su hija Karen Ferreira, a quien le habían extirpado el útero encontrándose imposibilitada de concebir. En este país para ese entonces, se encontraba vigente la Ley Child Status Bill, por lo que Pat (la madre gestante) tuvo que ceder la patria potestad a favor de su propia hija (Karen) y yerno, quienes se vieron en la obligación de adoptar a sus propios hijos.

Por su parte, el primer fallo del Tribunal Europeo de DD.HH. sucedió en el año 2014 en el caso "Mennesson vs. Francia", luego de que un matrimonio francés recurriera a la gestación por sustitución en California, EE. UU., aportando uno de ellos su material genético y con donación de óvulo no perteneciente de la gestante. Así esta última dio a luz a mellizas en el año 2000. La Corte Suprema de California dictaminó que el matrimonio francés eran los progenitores de ambas niñas por lo que debía expedirse su correspondiente certificado de nacimiento.

El conflicto se suscitó cuando el matrimonio regresó a Francia y al momento de solicitar la transcripción de la filiación con pleno efecto jurídico en el Registro Civil francés, las autoridades francesas se opusieron rotundamente con el argumento que ello resultaba contrario al orden público interno, siendo que la gestación por sustitución se encontraba expresamente prohibida de acuerdo con los arts. 16.6 y 16.9 del Cód. Civil, que el contrato acompañado no podía considerarse como válido y puesto que resultaba violatorio del principio de indisponibilidad del estado civil. Que el certificado que establecía la filiación en el extranjero debía considerarse contrario al orden público de ese país (conforme Cass. Civ. 1ère, 6 avril 2011, nro. 10-19053). Por su parte, los solicitantes alegaban que dicha denegación vulneraba el art. 8º del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales (CEDH), por cuanto el hecho de no reconocer a las mellizas vulneraba infinidad de derechos como el derecho a la identidad, a la nacionalidad y también el derecho a heredar, toda vez que según la legislación francesa eran entendidos como hijos de uno y no del otro, de manera tal que no heredarían salvo por testamento.

Sin perjuicio de lo cual, el Tribunal le reconoció, a quien no había aportado material genético una especie de tutela o cuidado mientras que sí reconoció la paternidad a quien había brindado su semen.

Cabe mencionar que durante todo el transcurso del tiempo en que las niñas no se encontraban inscriptas o reconocidas como hijas de

este matrimonio en Francia, se le presentaban a los cónyuges diversos conflictos vinculados a asuntos de seguridad social, ayuda financiera, escolaridad, etc.

El TEDH, 14 años después del nacimiento de las mellizas, reconoció que si bien la denegación del reconocimiento filial era una medida legalmente prevista en virtud de la violación de los mencionados artículos del Código Civil Francés, y que la denegación del reconocimiento conllevaba a disuadir a los ciudadanos franceses de recurrir en el extranjero a métodos de reproducción asistida prohibidos en Francia y ello, esencialmente, protegía tanto a la gestante, como al niño, el límite al amplio margen de cada Estado ve su tope cuando choca con la identidad de una persona comprendido en el derecho a la vida privada.

El Tribunal considera especialmente grave la vulneración en atención al hecho de que uno de los padres intencionales era el padre genético de las niñas.

En virtud de lo cual el TEDH condenó a Francia por la violación del derecho de las niñas a su vida privada en atención a la negativa a transcribir el certificado de nacimiento respecto de la filiación paterna, puesto que el padre intencional era también el padre biológico. En cambio, no se consideró afectado el derecho a la vida privada y familiar de los padres intencionales puesto que ellos habían gozado en Francia de la vida familiar comparable con el derecho de otras familias y no se habían probado obstáculos insuperables en dicha meta.

Con posterioridad al citado antecedente, es importante resaltar la Opinión Consultiva dictada por el TEDH en virtud del Protocolo 16 al Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales, por cuanto implicó un gran avance en el reconocimiento del estatus y derechos del niño o niña nacida, y la situación de los nacidos por gestación por sustitución en el extranjero. El TEDH opinó que:

"1. El derecho del niño al respeto de la vida privada en el sentido del art. 8º de la Convención requiere que la legislación nacional ofrezca la posibilidad de reconocer una relación legal entre padres e hijos con la madre intencional, designada en el certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero como la 'Madre legal';

"2. El derecho del niño al respeto de la vida privada en el sentido del art. 8º de la Convención no exige que dicho reconocimiento se realice en el registro de nacimientos, matrimonios y defunciones de los detalles del certificado de nacimiento legalmente establecido en el extranjero. Se puede utilizar otro medio, como la adopción del niño por parte de la madre, siempre que el procedimiento establecido por la ley nacional garantice que se pueda implementar de manera rápida y efectiva, de acuerdo con el interés superior del niño".

En "Affaire Paradiso y Campanelli vs. Italia" **(4)**, el matrimonio italiano compuesto por la Sra. Donatina Paradiso y el Sr. Giovanni Campanelli decidieron recurrir a la gestación por sustitución, a través de una clínica especializada en técnicas de reproducción asistida situada en Moscú, Rusia, en atención a la prohibición de este tipo de prácticas en su país. Firmaron un convenio de gestación por sustitución con la sociedad Rosjurconsulting y, sin que existiera lazo de parentesco con la gestante y aportando —supuestamente— ambos su material genético, nació el bebé en febrero de 2011. La gestante otorgó su consentimiento por escrito para que fuera inscripto como hijo del matrimonio, lo que así fue en Rusia. El certificado de nacimiento ruso —que no mencionaba la gestación por sustitución— fue apostillado de acuerdo con la Convención de La Haya.

El conflicto se presentó cuando en mayo de 2011 el matrimonio solicitó la inscripción de la partida de nacimiento ante las autoridades italianas, obteniendo como respuesta de su Estado la acusación penal por alteración del estado civil del niño y por infringir la ley de adopción italiana. El mismo día el Ministerio Público Tutelar inició el proceso de adopción fundado en el supuesto "estado de abandono" en que se encontraba el niño nacido.

(4) Conforme sentencia TEDH en "Paradiso y Campanelli vs. Italia", 27/01/2015.

En agosto de 2011 el Tribunal italiano solicitó una prueba de ADN arrojando como resultado la inexistencia de vínculo biológico entre el niño y los peticionarios, contrariando las declaraciones iniciales del matrimonio. En octubre de 2011 el Tribunal Italiano decidió separar al niño y prohibir el contacto entre ellos. En abril de 2013 se rechazó la inscripción del nacimiento emitido por Rusia y se ordenó la emisión de un nuevo certificado de nacimiento en el que se indicara que el niño era "hijo de padres desconocidos" y que se le otorgara un nuevo nombre. Los peticionarios se opusieron a todas las medidas y solicitaron la adopción del niño, que también les fue negada.

Llegado el caso el TEDH en el año 2015 se concluyó que la separación del niño del matrimonio había constituido una violación al art. 8º de la Convención, sosteniendo que "...se deben tomar en cuenta los vínculos familiares de hecho. En este sentido, se señala que los peticionarios han pasado junto con el niño las primeras etapas importantes de su joven vida: seis meses en Italia a partir del tercer mes de vida del niño. Con anterioridad a ese período, la peticionaria ha pasado algunas semanas junto a él en Rusia. Aunque el período es relativamente corto, la Corte estima que los peticionarios se han comportado en relación con el niño como sus padres y concluye que existe una vida familiar de hecho entre ellos. De esto se desprende que en el presente caso se aplica el art. 8º de la Convención" (Cf. párr. 69).

En esta misma línea argumentó que "...el art. 8º no solo protege la 'vida familiar' sino también la 'vida privada'. Esta última incluye, en cierta medida, el derecho de las personas a formar relaciones con los demás..." (Cf. párr. 70). El TEDH agregó que "...la referencia al orden público no puede constituirse en una carta blanca que justifique cualquier medida porque la obligación de tener en cuenta el interés superior del niño incumbe al estado con independencia de la naturaleza del lazo parental, genético u otro [...]. En efecto, la separación del niño del contexto familiar es una medida extrema que debe adoptarse como último recurso. Para que una medida de este tipo se justifique, debe cumplir con el objetivo de proteger al niño que se encuentre expuesto a un peligro inmediato para su persona" (Cf. párr. 80).

Por otra parte, en cuanto a la identidad del niño, el Tribunal señaló que "...ha recibido una nueva identidad recién en abril de 2013, lo que significa que el niño no tuvo identidad durante más de dos años. Es necesario que un niño no sea perjudicado en su ciudadanía o identidad que son de importancia fundamental, por el hecho de que nació de una gestación por sustitución..." (Cf. párr. 85). Y, además, agregó que "... el carácter adecuado de los elementos sobre los que las autoridades se apoyaron para concluir que el niño debía ser considerado en estado de adopción. De ello se desprende que las autoridades italianas no han preservado el justo equilibrio que debe alcanzarse entre los intereses en juego" (Cf. párr. 86). Sin perjuicio de ello, sostuvo que "...la comprobación de la violación no puede entenderse como que obliga al Estado a devolver al niño a las partes interesadas" (Cf. párr. 88).

IV. La gestación por sustitución en Argentina. Mejor no hablar de ciertas cosas...

Si bien la última reforma de codificación civil y comercial inserta y aprueba la existencia de técnicas de reproducción humana asistida, al implementar el principio general de sujeción de la maternidad a la madre que dio a luz al niño, parece incluir tímidamente la práctica de la gestación subrogada.

Pues bien. Aunque la gestación por sustitución intentó ver luz en forma definitiva al tratarse la última reforma, la discusión parlamentaria cercenó dicha posibilidad, argumentándose durante el debate de la Comisión Bicameral que este tema "encierra dilemas éticos y jurídicos de gran envergadura que amerita un debate más profundo de carácter interdisciplinario", decidiéndose finalmente excluirla de la reforma.

El Anteproyecto, dentro del cap. 2 que regula las reglas generales relativas a la filiación por técnicas de reproducción humana asistida, definía en el art. 562 la gestación por sustitución, pero luego, al momento de su sanción, dicho texto originario fue eliminado y en su reemplazo se sancionó la norma que crea la figura de la "voluntad procreacional".

Con intervención de un juez para generar mayor seguridad jurídica.

El texto originario decía: "El consentimiento previo, informado y libre de todas las partes intervinientes en el proceso de gestación por sustitución debe ajustarse a lo previsto por este Código y la ley especial. La filiación queda establecida entre el niño nacido y el o los comitentes mediante la prueba del nacimiento, la identidad del o los comitentes y el consentimiento debidamente homologado por autoridad judicial. El juez debe homologar solo si, además de los requisitos que prevea la ley especial, se acredita que:

"a) se ha tenido en miras el interés superior del niño que pueda nacer;

"b) la gestante tiene plena capacidad, buena salud física y psíquica;

"c) al menos uno de los comitentes ha aportado sus gametos;

"d) el o los comitentes poseen imposibilidad de concebir o de llevar un embarazo a término;

"e) la gestante no ha aportado sus gametos;

"f) la gestante no ha recibido retribución;

"g) la gestante no se ha sometido a un proceso de gestación por sustitución más de dos [2] veces;

"h) la gestante ha dado a luz, al menos, un [1] hijo propio. Los centros de salud no pueden proceder a la transferencia embrionaria en la gestante sin la autorización judicial. Si se carece de autorización judicial previa, la filiación se determina por las reglas de la filiación por naturaleza".

El resultado fue la eliminación en el Código vigente que admite como fuentes de filiación otras técnicas de reproducción humana asistida de cualquier referencia al tema y no prevé la gestación por subrogación, pero tampoco la prohíbe, lo cual no evita que el fenómeno suceda, sino que lo deja fuera de la posibilidad de contralor uniforme que el proyecto preveía.

De todas formas, al no haber sido expresamente prohibida se lleva a cabo dentro del marco de la garantía constitucional del art. 19 de la CN y de los tratados internacionales, conforme lo previsto en el art. 75, inc. 22, de la CN, como la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en cuyo art. VI establece el derecho a la constitución y protección familiar, reconociendo que "[t]oda persona tiene derecho a construir una familia, elemento fundamental de la sociedad, y a recibir protección para ella". Aunque inevitablemente esta cuestión quedará sujeta a la discrecionalidad judicial.

IV.1 Líneas jurisprudenciales

Pese a la inexistencia de normas que regulen esta práctica, incluso antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. —y mucho más después de su sanción—, Argentina cuenta con una profusa jurisprudencia que ha abordado la gestación por sustitución desde distintas perspectivas.

Si bien existen distintas líneas jurisprudenciales en orden al tratamiento de la gestación por sustitución, los antecedentes nos permiten observar una tendencia muy mayoritaria de la jurisprudencia que ha reconocido la filiación a favor de los comitentes. De modo tal que la primera visión del resultado de estos fallos donde se replican los mismos argumentos alude a la voluntad procreacional desde un principio, coincidentes en su mayoría en determinar la filiación a favor de quienes han contratado esta gestación por sustitución, de quienes quieren ser sus progenitores y no de la persona gestante.

Los primeros fallos dictados en Argentina versaban sobre idéntica problemática que ocurría en los países europeos: la solicitud del reconocimiento de la eficacia extraterritorial de los contratos o convenios de gestación por sustitución transfronterizos.

En cuanto al objeto de las acciones promovidas, cabe advertir que algunos de los fallos que reconocen la eficacia de este tipo de contactos fueron planteados como "impugnación de la maternidad" conforme "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario" tramitado por ante el Juzgado de Familia de Gualeguay, en el año 2013; o el caso "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad" que tramitó en el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102, en el año 2015.

Otros optaron por plantear el pedido como inscripción de nacimiento como los casos "NN

o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento" tramitado ante el Juzgado Nacional en lo Civil Nº 86 en el año 2013; o "NN o s/ inscripción de nacimiento" del Juzgado Nacional en lo Civil Nº 83.

También fueron solicitados como "medida autosatisfactiva" conforme autos "A. C. G. s/ medida autosatisfactiva" del Juzgado de Familia de Mendoza, y otros casos fueron solicitados como autorización judicial *previa* al nacimiento o gestación, tal como ocurrió en "H. M. s/ medidas precautorias" ante el Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora del año 2015.

Ahora bien. El primer fallo con esta temática fue dictado en el año 2012 **(5)** donde el juez a cargo debió resolver sobre un contrato de gestación por sustitución celebrado en la India, a la luz de las normas del DIP, debiendo determinar si en aquel entonces, en la Argentina existía una norma de DIP de orden público internacional que prohibiera la gestación por sustitución, o que prohibiera que estos contratos internacionales sean reconocidos en el extranjero.

Así se reconoció la eficacia del contrato de gestación por sustitución celebrado en el extranjero, para este caso de pareja homosexual de dos varones que habían recurrido a la India. Como se ha mencionado precedentemente, de acuerdo con la legislación india la persona gestante no es considerada madre, por ende, tampoco le otorga al niño/a nacido/a la nacionalidad india, toda vez que esta solo se transmite por la nacionalidad de sus progenitores. Esto a diferencia de nuestro país, que por el principio de *ius soli,* todo aquel que nace en Argentina cuenta con dicha nacionalidad.

El problema que se enfrentó esta pareja es que al momento de solicitar la autorización para cuando el niño nazca regresar a la Argentina previa inscripción de la cofiliación de ambos varones, como progenitores del niño, el Consulado Argentino en India se los deniega porque alega que la gestación por sustitución no se encontraba legislada en la Argentina. Por entonces, el problema no solo era que no se les reconocía la filiación ni en la India ni en Argentina, sino que tampoco podían salir de territorio indio ya que, el niño no tenía nacionalidad (era un apátrida), por ende, tampoco contaba con pasaporte o partida de nacimiento.

En este contexto de vulneración doble de derechos la pareja homosexual inicia amparo ante el Fuero Contencioso Administrativo y obtienen allí el reconocimiento de la cofiliación de este contrato celebrado en el extranjero en virtud de varios argumentos, pero en lo esencial todo se reduce al argumento de la voluntad procreacional ("el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por fecundación artificial... es la voluntad o decisión de que ese ser naciera"), el interés superior del niño (se materializa en que sea inscripta inmediatamente después de su nacimiento... arts. 7º y 8º, CDN) y su derecho a la identidad ("se encuentra en juego el derecho a la identidad del niño o niña por nacer") vinculado no solamente con la filiación o emplazamiento sino también con la nacionalidad, y su derecho a la supervivencia y a su desarrollo (art. 6º, CDN). También a la situación de desigualdad y discriminación en perjuicio de parejas conformadas por dos hombres.

En el segundo grupo de fallos podemos decir que se comenzó a debatir sobre las gestaciones por sustitución realizadas, no ya en el extranjero sino dentro del país, pese a su silencio legislativo.

Sobre todo eran fallos cuyo objeto era acción de impugnación de la maternidad o desplazamiento de la maternidad, porque como nuestro Código determina que la maternidad queda establecida con parto, el niño o niña nacido/a quedaba inscripto/a como hijo/a de la mujer que lo parió, entonces quien realmente se sentía progenitora de este niño/a impugnaba esa filiación muchas veces sobre la base de dos argumentos, en la mayoría de los casos: 1. no solamente voluntad procreacional (que la gestante nunca la tuvo), sino que además, se había aportado material genético (doble fuente filiación).

Así lo decidió el Juzgado de Familia de Gualeguay **(6)** en el año 2013, como primer antece-

(5) Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nº 5, "D., C. G. y G., A. M. c. GCBA", CABA, 22/03/2012, Cita online: TR LALEY AP/JUR/288/2012.

(6) Juzg. Fam. Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", Cita online: TR LALEY AR/JUR/89976/2013.

dente donde se resolvió desplazar la maternidad de la gestante y emplazarla a quienes tenían real voluntad procreacional, pero, además, en este caso ambos pretensos progenitores habían aportado su material genético. Es decir, había doble fuente o doble argumento para reconocer como hija de la mujer que no gestó a este nacido y desplazar la maternidad de la persona gestante.

Con buen criterio el Tribunal sostuvo: "planteada la situación, cuando existe conformidad de todos los involucrados, la voluntad procreacional será el eje a tener en cuenta para determinar la maternidad, más allá de la regla expuesta por el art. 242 del Cód. Civil, ello en tanto esta es la solución que responde a la protección del Interés Superior del Niño... Si dicha conformidad no se presentara —esto es, si existiera arrepentimiento de la madre gestadora, cosa que no ocurrió en autos— la regla de la voluntad procreacional podrá ceder frente a la necesidad de garantizar precisamente el interés del niño en cuestión, elemento que resultará prioritario ante supuestos intereses de adultos".

Otro antecedente es el caso "NN o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento" tramitado por ante el Juzgado Nacional Nº 86 (ídem causa "NN o s/ inscripción de nacimiento" tramitado ante el Juzgado Nacional Nº 83), donde se sostuvo que "...debemos retomar en este punto lo referido a la voluntad procreacional del matrimonio D. G. M., así como también, a no dudar, lo que surge de la correspondencia genética de la nacida con el matrimonio que, en definitiva es coherente con uno de los pilares básicos sobre los que se asienta el derecho filial argentino, esto es, la correspondencia de la identidad biológica..." y además, recalcó que "el elemento más relevante en la determinación de la filiación de aquellos niños nacidos mediante Técnicas de Reproducción Humana Asistida, es la voluntad de quienes participaron en el proceso de que aquel naciera" **(7)**.

El último grupo de fallos, cada vez más frecuentes a partir del año 2014/2015 coinciden en solicitar la autorización previa al juez para someterse a una gestación por sustitución, manifestando un deseo concreto y presentando un acuerdo privado con quien sería la gestante. Y que si eventualmente, producto de esa técnica hay embarazo y luego nacimiento, el nacido sea inscripto como hijo nuestro y no como hijo de la gestante.

Idéntica postura adoptó el Juzgado de Familia Nº 1 de Mendoza en la sentencia de fecha 29/07/2015, en la cual se autorizó la inscripción como hijo de un matrimonio de un bebé nacido del vientre de una mujer con quienes ellos habían suscripto un contrato de gestación de hijo **(8)**.

En el fallo se destacó que "existe cierto resquemor en vincular dinero con procreación, en el entendimiento de que todo aquello relacionado con la dación de vida debe estar rodeado de una actitud de solidaridad y altruismo, por ello, doctrina y jurisprudencia comparadas se interrogan acerca de si los gastos médicos o de asistencia a la gestante por parte de la pareja comitente tiñen de onerosidad a la contratación, o si solo se trata de una indemnización por los gastos producidos por la gestación y el alumbramiento, inclinándose por esto último. Debo decir, que me inclino por la remuneración del servicio de gestación. Es incongruente que el centro de salud interviniente perciba una ganancia, que los comitentes reciban al niño, el o los abogados reciban sus honorarios, pero la mujer portadora no reciba ninguna contraprestación".

Aclarado este primer aspecto, el juez sentenció: "Habiendo analizado el contrato de maternidad subrogada acompañado por las partes... ha quedado claro que la mujer gestante ofrece su capacidad gestacional"; es decir, "no hay disposición del propio cuerpo, sino que una parte de él y durante un tiempo determinado (9 meses aproximadamente) ha sido puesta al servicio de lo convenido: la gestación de un ser humano", cuestión que no "contraría normas de la moral de este tiempo, ni es una actividad prohibida por la ley".

(7) JNCivil Nº 86, "NN o D. G., M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", 18/06/2013, Cita online: TR LALEY AR/JUR/23081/2013.

(8) Juzgado Nº 1 de Mendoza, "A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva" 29/07/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/28597/2015.

El juez interviniente resolvió la petición sobre la base de tres principios fundamentales: la voluntad procreacional, la correspondencia genética entre el nacido y los comitentes, y el interés superior del niño. También el juez estableció que corresponde imponer a los peticionantes hacer conocer oportunamente a su hijo su realidad gestacional, y que ello es lo que más responde al interés superior del nacido.

Posterior a la sanción del Código Civil y Comercial, el primer fallo que declaró por primera vez la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 fue dictado por el Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora **(9)**, donde se solicitaba la autorización para la inscripción de la niña por nacer, cuya gestación estaba llevando a cabo la hermana de la mujer solicitante. Así, el Tribunal sostuvo que "ante la imposibilidad de M. R. de llevar adelante la gestación por ausencia de útero, la gestación por otra mujer... se convierte en la única TRHA idónea para la realización efectiva de los derechos a la vida privada y familiar (art. 11, CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y a no ser discriminada (art. 24, CADH) con relación al derecho a la maternidad y a conformar una familia, conforme art. 17 de la CADD...", ello conforme con los estándares establecidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (FIV) vs. Costa Rica".

El primer fallo **(10)** que autorizó a realizar una gestación por sustitución de un matrimonio con una amiga ante el Centro de Salud, en los términos del art. 560 del Cód. Civ. y Com., suscribiendo el consentimiento y determinando en forma preventiva la filiación, ocurrió en la Ciudad de Rosario. Allí se sostuvo que la voluntad procreacional es un derecho fundamental y un derecho humano que se proyecta en toda clase de relación sin que el Estado pueda realizar intervenciones que impliquen un obstáculo a su ejercicio. Que el acceso a dichos procedimientos es una muestra del derecho a la no discriminación en el ámbito filiatorio.

Para finalizar este acápite, cabe recordar que se encuentra pendiente de resolución en la Corte Suprema de Justicia de la Nación el fallo que revocó por unanimidad la sala H **(11)** en fecha 30/06/2016 respecto de la decisión de la Dra. Guahnon del Juzgado Nacional en lo Civil Nº 4.

En dicho caso una pareja de varones solicitó la adopción por integración de una niña nacida en el extranjero (con aporte de material genético de uno de ellos) y la inscripción del nacimiento de mellizos nacidos en Argentina (con el aporte del material genético del otro miembro de la pareja), todos obtenidos a través de la gestación por sustitución.

Es decir, que en el mismo expediente solicitaron la adopción por integración de la niña más grande y la inscripción de estos mellizos que no estaban reconocidos por el otro miembro de la pareja que no había sido quien aportó su material genético.

La sala H consideró que la Magistrada de Primera Instancia —al declarar la inconstitucionalidad e inconvencionalidad del art. 562 del Cód. Civ. y Com. y hacer lugar a la adopción para la hija mayor—, se había apartado de lo peticionado por las partes, que en una audiencia habían decidido encausar la pretensión por vía de la adopción de la integración para que "los tres niños sean hijos de ambos"; haciendo hincapié en la necesidad de "resguardar la igualdad entre los menores respetando de esa manera 'el interés superior del niño' a fin de que tengan un mismo estatus familiar".

Por tal motivo la Sala H ordenó a la jueza de instancia que dispusiera la inscripción del nacimiento de los niños conforme las constancias del parto y, concomitantemente, resolviera la adopción por integración plena de los mellizos.

En agosto de 2020 se expidió el Dictamen del Procurador General de la CS (¡mientras los hijos ya tienen entre 8 y 9 años!) argumentando que deberá ordenarse la inscripción de la filiación, sin perjuicio de mencionar que para este caso la declaración de inconstitucionalidad resulta innecesaria para la resolución del conflicto. Esto

(9) Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, "H. M. s/ medidas precautorias", 30/12/2015, Cita online: TR LALEY AR/JUR/78614/2015.

(10) J. Civ. Com. y de Fam. 2ª Nom. Villa María, Rosario, "R., R. A. y otros/ autorizaciones", 02/12/2014.

(11) CNCiv., sala H, "S. T., A. y otro s/ inscripción de nacimiento", 30/06/2016.

por cuanto entiende que, a través de una mirada sistemática sobre nuestro ordenamiento, si bien la gestación por sustitución no ha sido regulada aún, tampoco ha sido prohibida. A su vez el Procurador reconoce que la gestación por sustitución es una de las prácticas contempladas por la ley 26.862, y remarca que este es el único procedimiento que dispone en la actualidad la ciencia médica para que las personas y las parejas de igual o distinto sexo sin capacidad de gestar, puedan tener hijos, por lo que su elección atañe a la esfera de la autonomía personal, que debe ser celosamente custodiada de cualquier injerencia arbitraria del Estado de modo que las personas puedan desarrollar sus proyectos de vida, en el marco de seguridad y certeza que le brinda el orden jurídico (art. 19, CN).

Por la excesiva demora de una sentencia definitiva, esta pareja de convivientes recurrieron paralelamente al Fuero Contencioso Administrativo de Ciudad y solicitaron vía amparo que el Registro Civil inscribiera a sus hijos provisoriamente como hijos de ellos y no determinando la filiación de gestante, en doble acción, primero individual y después colectiva con apoyo del Colectivo LGBTQ+, pretendiendo que todos los niños nacidos en la Argentina por gestación por sustitución, hasta tanto el juez competente no resolviera filiación, fueron inscriptos provisoriamente porque consideraban que de lo contrario se vulneraba derecho identidad y todos los derechos vinculados con ellos.

Con sentencia favorable se ordenó que "[e]l Registro inscriba en términos preventivos a los menores nacidos por TRHA de alta complejidad realizada en el país, denominada gestación solidaria, conforme el consentimiento previo, libre e informado expresado por los progenitores con voluntad procreacional, sin emplazar como progenitor a la persona gestante cuando —previa y fehacientemente— hubiera expresa no tener voluntad procreacional".

En virtud de lo cual el Registro Civil de CABA dictó la res. 93/2017 y su posterior Aclaratoria 103 (ámbito CABA) para que todos los niños y niñas nacidas por gestación por sustitución puedan ser inscriptos en forma provisoria como hijos o hijas de quien expresa su voluntad procreacional.

En síntesis, tal como expresa Famá, los avances biomédicos ligados a los cambios sociales y culturales de las últimas décadas han potenciado el acceso a estas técnicas, generando en el campo jurídico la necesidad de reformular los principios tradicionales, en consecuencia, es imperiosa la necesidad de que el discurso jurídico se ocupe de regularlas, pues el silencio legal conlleva a interpretaciones discordantes que provocarán resoluciones disímiles por parte de nuestros magistrados, sumergiendo a los justiciables en la inseguridad jurídica **(12)**.

V. El orden público y el interés superior del niño

Si hurgamos sobre disposiciones de derecho internacional privado, el art. 2634 ordena: "Todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño. Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

Es decir, que el citado artículo establece el reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero, y dispone que todo emplazamiento filial constituido de acuerdo con el derecho extranjero debe ser reconocido en la República de conformidad con los principios de orden público argentino, especialmente aquellos que imponen considerar prioritariamente el interés superior del niño.

El proyecto del art. 2634 originario disponía: "Los principios que regulan las normas sobre filiación por TRHA integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su interven-

(12) FAMÁ, María Victoria, "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LA LEY, 2011-C, p. 1208.

ción a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño".

Los principios que regulan las normas sobre filiación por técnicas de reproducción humana asistida integran el orden público y deben ser ponderados por la autoridad competente en ocasión de que se requiera su intervención a los efectos del reconocimiento de estado o inscripción de personas nacidas a través de estas técnicas. En todo caso, se debe adoptar la decisión que redunde en beneficio del interés superior del niño.

No obstante haber sido suprimida la gestación por sustitución, esto no impide considerarla comprendida en este artículo, al ser un tipo de TRHA.

El orden público interno está integrado por normas imperativas del derecho local que resultan indisponibles para las partes, en cambio, el orden público internacional está conformado por normas o principios fundamentales del derecho del foro. Weinberg entiende que "si dejamos de aplicar la norma extranjera que sería aplicable al fondo del asunto según nuestra propia norma de conflicto, hablamos de orden público internacional, y si una materia no puede ser reglada por las partes dentro de nuestro ordenamiento, porque se trata de derecho coactivo, nos referimos al orden público interno" **(13)**.

El artículo citado señala, como objetivo prioritario, la protección jurídica del interés superior del niño; capta la protección de la mujer y se delimitan las condiciones a cumplir para el acceso al Registro, asegurando la continuidad de las relaciones jurídicas establecidas en el extranjero.

Mediante la metodología de reconocimiento inserta en el nuevo artículo se procura compatibilizar la situación ya creada en el extranjero, como consecuencia de la gestación por sustitución —la filiación— con los estándares de derechos humanos en Argentina y así posibilitar el reconocimiento de los efectos de dicho vínculo en el Estado de residencia de los comitentes, que es donde residirá el niño.

En definitiva, mediante el empleo de este método se centra al control, principalmente, en función de los derechos humanos, especialmente del interés superior del niño. Seguramente esta posibilidad también esté condicionada al control del orden público internacional, aunque en su confrontación con la situación creada en el extranjero deberían primar los derechos del niño y su interés superior **(14)**.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos indicó que el principio del Interés superior del niño debe ser entendido "como la premisa bajo la cual debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y la adolescencia [la cual] se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de estos, con pleno aprovechamiento de sus potencialidades, así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño (...) y es el punto de referencia para asegurar la efectiva realización de todos los derechos contemplados en este instrumento, cuya observación permitirá al sujeto el más amplio desenvolvimiento de sus potencialidades".

Se trata de un concepto jurídico que está siendo vulnerado y se considera que mediante la admisión de este tipo de contratos pueden verse afectados también otros bienes jurídicos, como la dignidad del niño o niña al convertirlo en objeto del tráfico mercantil. La Convención Internacional sobre los Derechos del Niño establece en su art. 3º: "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño". Es un principio que impone distintas obligaciones, por un lado, la obligación de los países y personas de no vulnerar y respetar derechos de los

(13) WEINBERG, Inés M., "Derecho internacional privado", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011, p. 131.

(14) LAMM, Eleonora, "Una vez más sobre gestación por sustitución: porque la realidad sigue exigiendo legalidad", Revista Derecho de Familia, Jurisprudencia, 2015-V, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, p. 151.

menores, y por otro, la obligación de garantizar activamente el efectivo goce de sus derechos.

Sin embargo, el interés superior del niño no debe ser entendido solo como un principio jurídico interpretativo fundamental ante situaciones en las que están involucrados niños o niñas, sino también un derecho sustantivo y una norma de procedimiento. Así se ha expedido el Comité de los Derechos del Niño.

En este sentido, y tal como lo ha expuesto parte de la doctrina, es que resulta imperioso analizarlo *a priori y a posteriori*. "*A priori*, ese interés exige contar con un marco legal que brinde seguridad jurídica al niño y, de este modo, lo proteja. Examinado *a posteriori* del nacimiento, es en su interés superior que las personas que realmente quisieron asumir el papel de padres puedan serlo. Por el contrario, la prohibición o criminalización de la gestación por sustitución (que implica que este niño no tenga vínculos jurídicos, ni viva con quienes lo quisieron e incluso, uno de ellos, al menos, aportó su material genético) puede ser causa de un daño sustancial para un niño, que ha nacido y no está con quienes quisieron asumir el rol de padres desde antes que él existiera" **(15)**.

Consecuentemente, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Culto, a través de la Dirección de Asistencia Técnica, dictaminó en fecha 15 de diciembre de 2015 acerca del reconocimiento de la gestación por sustitución efectuada en el extranjero, al entender que "a raíz de la vigencia del Cód. Civ. y Com., esta Dirección de Asistencia Jurídica Internacional ha advertido que, en materia de reconocimiento de la filiación extranjera, ha habido una importante modificación que requerirá, de las áreas del Ministerio con competencia en esta materia un análisis sobre las consecuencias que pueden surgir, fundamentalmente en materia de reconocimiento de filiaciones surgidas de contratos de maternidad subrogada y en cuanto a la posibilidad de habilitar los trámites de nacionalidad por opción cuando el vínculo filial se acredita con una partida, que tiene como antecedente un contrato de maternidad subrogada".

Es decir que, por un lado, carecemos de un sistema legal que recepcione este tipo de prácticas en nuestro país (ni prohibidas, ni reguladas específicamente) dejando totalmente desamparados a los interesados; pero por otro lado y en virtud de la norma transcripta, podemos detectar la obligatoriedad de reconocer toda filiación constituida en el derecho extranjero, en beneficio del interés superior del niño.

Esta obligatoriedad incluye a aquellas filiaciones surgidas de una gestación por sustitución, independientemente de que este tipo de contrato se encuentre o no regulado por nuestro ordenamiento. Por lo cual, si reconocemos cualquier tipo de filiación que se haya practicado en el extranjero, *¿cuál sería el sentido de seguir careciendo de legislación respecto este tipo de prácticas?*

Inclusive, si asumimos una postura de prohibición, aumentaríamos la desigualdad entre aquel o aquellos que tienen los medios para costear los gastos de viajar al exterior para poder acceder a esa técnica, mientras que otra persona o pareja quedaría excluida de su derecho a formar una familia y a acceder a los avances de la ciencia. También debemos tener en cuenta que prohibiendo este tipo de técnica se limitaría la autonomía de la voluntad y se atentaría contra la libertad de la persona.

Por estas normas de derecho internacional, se entiende que sería una aberración jurídica entender que el vacío legislativo significa prohibición; y que, sobre todo, en virtud de la normativa vigente, es posible el reconocimiento del contrato oneroso celebrado en el extranjero.

VI. Voces en contra de la gestación por sustitución

Quienes se oponen a este tipo de TRHA sostienen que el contrato de gestación por sustitución es nulo por tener un objeto ilícito y contrario a las buenas costumbres. En este sentido, señala Zannoni **(16)** la inconveniencia de regularlo sobre la base de los siguientes argumentos:

(15) KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída — LAMM, Eleonora — HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4747/2012.

(16) ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de Familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998, t. 2, ps. 533 y ss.

a) Desde la perspectiva de las "madres sustitutas", se trata lisa y llanamente de la explotación de la mujer y su utilización como objeto de la prestación, existiendo todavía bastante incertidumbre respecto de las proyecciones psicológicas y emocionales que a mediano y largo plazo provocan estas prácticas en las mujeres que se someten a ellas.

b) Desde la perspectiva del niño, dichos acuerdos vulneran su derecho a la identidad al despojarlo arbitrariamente de su primer entorno natural y propio, el medio ambiente uterino.

c) Los contratos de gestación subrogada provocan, al menos inicialmente, una situación de incertidumbre acerca de la determinación de la maternidad, ya que, nos colocan ante la existencia de una madre biológica y una madre portadora o gestante.

d) La dicotomía entre una madre biológica y una gestante provocará, posiblemente, una dicotomía de intereses.

e) En este tipo de contratos, el hijo sería objeto de la relación jurídica contractual establecida entre la gestante portadora y los progenitores con intenciones de procrear. Al igual que la gestante, recibe el tratamiento de cosa.

Asimismo, como principal argumento de una corriente feminista, se alega que permitirlo configuraría la cosificación de la mujer o una mercantilización del cuerpo de la mujer, en tanto se convierte en un mero "ambiente" o "incubadora humana" para el hijo o hija ajeno; la explotación de la mujer respecto su situación económica que, en general, suele ser la gestante de bajos recursos; que el cuerpo humano es un bien fuera del comercio, cuyas partes como tales no deben ser objeto de lucro (conf. art. 21 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y la dignidad del ser humano) o que la gestante tiene ciertos derechos los cuales son irrenunciables, vinculados con actos médicos que se le exige un consentimiento libre e informado, no siendo así ya que, de optar por otra opción ello podría implicar un daño económico por incumplimiento del contrato.

Entre sus detractoras más destacadas, Diana Maffía sostiene que la gestación por sustitución supone una explotación de la mujer debido a que conlleva a la utilización de las mujeres pobres por las ricas, ya que, la mayoría de las veces, quienes se someten a este tipo de prácticas resultan ser mujeres de bajos recursos. Maffía resalta que esta cosificación, por un lado, atenta contra la libertad y autonomía de las mujeres debido a que estas no consienten libremente, debido a que es discutible si las mujeres están eligiendo libremente, o si su voluntad está social y económicamente influenciada.

VII. Voces a favor de la gestación por sustitución

Para sus defensores, la gestación por sustitución es una práctica basada en la decisión libre de adultos que ejercen sus derechos y prerrogativas, sin perjudicarse ni perjudicar a terceros, razón por la cual no puede señalarse ni objetarse a las personas que la ejercen ni a la práctica en sí misma. Todos los participantes y personas involucradas se suelen beneficiar de ella: el niño que nace de dicho acuerdo no hubiera nacido si la práctica no se hubiera realizado y encuentra una familia que lo recibe con mucho amor y que lo deseó profundamente, los padres logran acceder a la paternidad y tienen la posibilidad de dar amor y brindarle todos los cuidados necesarios a su hijo y por último la persona gestante puede satisfacer sus deseos de ayudar a otras personas y obtener un beneficio, en general económico a cambio de esa ayuda **(17)**.

Otro argumento a favor es que se sostiene que tratándose de un acuerdo voluntario y libre no hay por qué hablar de explotación, ni aun interviniendo dinero. El argumento de la explotación es paternalista y subestima la capacidad de consentir de la mujer. También se recurre a los principios de igualdad y no discriminación para argumentar a favor de la regulación y admisión de esta figura atento a que es la única opción que tiene una pareja de dos varones de tener un hijo genéticamente propio.

(17) CAMACHO, Javier M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009. Disponible en: http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf.

VIII. Conclusiones

La diversidad de ideas y el debate sobre determinadas cuestiones, y más en lo jurídico, enriquece la cultura, mientras que la imposición de ideas, criterios y resoluciones en función de un principio de autoridad anula toda posibilidad de crecimiento.

A lo largo de los años se ha comprobado que los avances de la ciencia y el progreso en cuanto a las técnicas de reproducción no pueden ser dejados de lado por la legislación vigente, siendo el derecho quien recepte su acceso debe ofrecer una respuesta ante las divergencias que se presenten.

Hoy en día se ha desligado a la filiación de la carga biológica o su aspecto genético, sopesando la voluntad procreacional por encima de ella para determinados casos, pues, en definitiva, lo que predomina es el deseo profundo de quien quiere tener un hijo o hija, y poder criarlo con la misma dedicación, sin distinción sobre la forma en que fue concebido.

Lo cierto es que el silencio legal de la gestación por sustitución no ha impedido que esta se realice, tanto en el exterior, como en la Argentina, por lo que resulta por demás imperioso la necesidad de una regulación, a fin de otorgar mayor protección y seguridad jurídica a todos los individuos en un marco de igualdad, respeto, libertad y responsabilidad, para que toda persona pueda ejercer el derecho a formar una familia, utilizando el progreso científico para tal fin.

Podrá advertirse, entonces, que respecto a este punto aumenta cada vez más la importancia del reconocimiento extraterritorial de los contratos celebrados en el extranjero, ya que, debe prevalecer sin lugar a duda el interés superior del niño por encima del orden público interno.

Por ello, resulta necesaria esta regulación para que nos brinde respuestas jurídicas a la nueva realidad que vivimos.

Como reflexión feminista, la gestación por sustitución me ha generado numerosas inquietudes, entendiendo que no podemos hablar automáticamente de explotación reproductiva, pero tampoco creo que podamos desentender de la mirada feminista el pensar quiénes son las que gestan, para quiénes, y si estas pueden elegir libremente. Y en un país con tanta desigualdad social como la Argentina, no hay dudas que las que gestan son mujeres pobres, muchas veces víctimas de violencia que con esto salvan a su familia porque no reciben del Estado la posibilidad de obtener una mejoría en su situación económica. Mayormente y en Argentina no creo que se alcance la libertad plena para elegir o libre de todo condicionamiento social.

En paralelo, también es cierto que, como sostiene Eleonora Lamm, resulta interesante pensar que admitir la gestación por sustitución presume desbiologizar la maternidad o este vínculo "materno" con la gestación, quitándole peso al embarazo porque en definitiva, las mujeres eligen, así como muchas otras mujeres están prestando sus servicios para que otras puedan trabajar, practicando por nosotras las tareas de cuidado como niñera o empleada doméstica mientras no nos horrorizamos por estos servicios. Que el prejuicio patriarcal lo tenemos nosotros, que consideramos la maternidad como un valor en la subjetividad de la mujer.

Ahora bien, pese a todo ello entiendo que bajo este escenario la gestación por sustitución debe ser regulada. Porque si no controla el Estado quienes más lo padecerán son las propias gestantes, en su mayoría mujeres. Porque si no tengo control del Estado no tengo contratos ejecutables, o con principio de ejecución que yo pueda exigir. Porque si yo tengo contratos con términos claros donde hay que aceptar filiación con carácter irrenunciable, también estoy garantizando los derechos de la mujer o persona gestante. Porque si la persona que gesta puede cobrar por este "servicio" que eventualmente presta, y no cobra el intermediario que se enriquecerá dándole un diezmo (como sucede en la India) le doy más garantías a la mujer, quien está en una clara asimetría y en situación de vulnerabilidad y sometimiento. Además de que claramente tengo que pensar en aquellos hombres que, si no, nunca llegarían a procrear, y lo mismo pasa con mujeres que no pueden llevar adelante embarazo.

Regular es una garantía de los derechos de las mujeres, de proteger más y de respetar el trabajo aun cuando en algún punto lo considero una explotación; sobre todo porque desde la visión feminista tengo mis reparos con la gestación por sustitución porque en general, en los países pauperizados se celebra en contextos de necesidad.

Admitir la gestación por sustitución no es, ni más ni menos, que respetar las directrices marcadas por la máxima instancia judicial de la región en materia de derechos humanos, en cuanto a los derechos a la vida privada y familiar (art. 11, CADH), a la integridad personal (art. 5.1, CADH), a la libertad personal (art. 7.1, CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24, CADH) en cuanto al derecho de conformar una familia, la que juega un papel central conforme el art. 17 de la CADH.

Por ello, debemos requerir, inmediatamente, un marco regulatorio y especialmente el control por parte del Estado, para que de esta forma la gestación por sustitución se desenvuelva con el adecuado respaldo de la seguridad jurídica a alcanzar.

IX. Bibliografía consultada

IX.1. Fuentes doctrinarias

ALBORNOZ, María Mercedes - LÓPEZ GONZÁLEZ, Francisco, "Marco normativo de la gestación por sustitución en México: desafíos internos y externos", enlace: http://www.scielo.org.mx/pdf/rius/v11n39/1870-2147-rius-11-39-00009.pdf.

BARON, Luisa, "Maternidad subrogada: aspectos emocionales de la pareja, la madre subrogada y el niño nacido", RDF, Ed. Abeledo-Perrot, 2014, Cita online: AP/DOC/48/2014.

BOSSERT, Gustavo A. - ZANNONI, Eduardo, "Régimen legal de filiación y patria potestad", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1985.

BRANDONE, María Mercedes, "Gestación por sustitución: ante la ausencia de regulación, ¿cuál es la maternidad jurídicamente relevante?", RDFyP, 2016-1, Ed. La Ley, Buenos Aires, ps. 223 a 232.

CAMACHO, Javier M., "Maternidad subrogada: una práctica moralmente aceptable. Análisis crítico de las argumentaciones de sus detractores", 2009. Disponible en: http://www.fundacionforo.com/pdfs/maternidadsubrogada.pdf.

FAMÁ, María Victoria, "La gestación por sustitución en Argentina: otro fallo que demuestra la necesidad de legislar", RDFyP, 2015-11, Ed. La Ley, Buenos Aires, ps. 197 a 209.

FAMÁ, María Victoria., "Maternidad subrogada. Exégesis del derecho vigente y aportes para una futura regulación", LA LEY, 2011-C, ps. 1204-1218.

FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "Derecho internacional privado. Parte especial", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2000.

KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída - LAMM, Eleonora - HERRERA, Marisa, "Regulación de la gestación por sustitución", LA LEY 2012-E, Cita Online: AR/DOC/4747/2012.

LAMM, Eleonora, "Una vez más sobre gestación por sustitución: porque la realidad sigue exigiendo legalidad", RDF, Jurisprudencia, 2015-V, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, ps. 137 a 159.

LAMM, Eleonora, "La necesidad de compensar a la gestante como la alternativa más justa y que no tiñe de comercial a la gestación por sustitución", *Cuestión de Derechos. Revista electrónica,* 3, 2012. Disponible en: http://www.cuestiondederechos.org.ar.

LAMM, Eleonora, "Gestación por sustitución, Realidad y Derecho", *InDret* 3/2012, *Revista para el Análisis del Derecho*. Disponible en: http://www.indret.com/pdf/909_es.pdf.

LOVAT, Alejandra M., "Gestación por sustitución. Necesidad de control y regulación por parte del Estado", en RDA, 2015-101, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, ps. 1413 a 1423.

MIGNON, María Belén, "Gestación por sustitución: vigilar y castigar o regular acercando el derecho a la realidad en pos del interés superior del niño", RDF, Jurisprudencia, 2015-III, Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, ps. 281 a 293.

ROTHER, Kevin, "La gestación por sustitución: Una mirada desde la Ley y el Derecho", *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración,* 2, IJ Editores, Buenos Aires, julio 2015, Cita: IJ: LXXX-734.

WEINBERG, Inés M., "Derecho internacional privado", Ed. AbeledoPerrot, Buenos Aires, 2011.

ZANNONI, Eduardo A., "Derecho civil. Derecho de Familia", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1998.

IX.2. Fuentes jurisprudenciales

"A. C. G. y otro s/ medida autosatisfactiva", Juzgado Nº 1 de Mendoza, 29/07/2015. Cita: AR-JUR-28597-2015.

Juzgado de Familia Nº 7 de Lomas de Zamora, "H. M. y otro/a s/ medidas precautorias (art. 232 del Cód. Proc. Civ. y Com.)", 30/12/2015, Cita: MJ-JU-M-97208-AR.

Juzg. Cont. Adm. y Trib. Nº 5, CABA, 22/03/2012, "D., C. G. y G., A. M. C. GCBA".

Juzg. Fam. Gualeguay, 19/11/2013, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario".

Juzgado de Familia de Gualeguay, "B. M. A. c. F. C. C. R. s/ ordinario", 19/11/2013.

Juzgado Nacional en lo Civil Nº 102, "C., F. A. y otro c. R. S., M. L. s/ impugnación de maternidad", 18/05/2015.

Juzgado Nacional en lo Civil Nº 86, "NN o D. G. M. B. M. s/ inscripción de nacimiento", 18/06/2013.

Juzgado Nacional en lo Civil Nº 83, "NN o s/ inscripción de nacimiento", 06/2015.

IX.3. Fuentes legislativas

Ley 23.515. Promulgada: 08/06/1987 (BO 26.157, 12/06/1987). Disponible en: http://www.ingoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/20000-24999/21776/norma.htm.

Ley 26.618. Promulgada: 21/07/2010 (BO 31.949, 22/07/2010). Disponible en: http://www.ingoleg.gov.ar/infolegInternet/anexos/165000-169999/169608/norma.htm.

IX.4. Páginas web

http://www.nascentis.com/tecnicas_reproduccion_asistida.

http://www.mdzol.com/nota/402282-que-es-la-gestacion-por-sustitucion-buscan-regular-una-practica-que-crece-al-borde-de-la-ilegalidad/.

http://revistas.uned.es/index.php/RDUNED/article/viewFile/13293/12164.

https://aldiaargentina.microjuris.com/2015/12/22/gestacion-por-sustitucion-e-identidad-su-recepcion-implicita-en-el-codigo-civil-y-comercial-2/.

La adopción en la actualidad argentina: entre lo normado y la práctica observada

Moira Revsin (*)

Sumario: I. Palabras preliminares.— II. Encuadre general del tema.— III. Esquema procedimental del régimen normado.— IV. Reflexiones de cierre.

I. Palabras preliminares

El presente trabajo busca efectuar aportes sobre una temática que incumbe a quienes tenemos formación jurídica y, con igual interés y magnitud, a quienes tienen formación en otras áreas de estudio, principalmente el trabajo social, la psicología y tecnicatura en niñez **(1)**.

La adopción también genera interés en los sectores sociales que no tienen vinculación con las situaciones de adopción en su ámbito laboral sino en lo personal y por ello se escuchan debates frecuentes en los que interactúan personas que carecen de formación académica y forman sus opiniones con sus ideas basadas únicamente en experiencias propias o ajenas, de tiempos remotos o recientes **(2)**. Esto genera un núcleo de información colectiva que se va engrosando a diario y genera convicción sobre su contenido, sin perjuicio que mucha de esa información no coincida con lo regulado actualmente en la ley y con lo que debería ocurrir en las prácticas de los sistemas públicos y privados.

Esta esfera de pseudoconocimiento está colmada de mitos que en lugar de colaborar con la correcta implementación del sistema de adopción lo perjudican y retrasan la posibilidad de encontrar soluciones que beneficien a quienes están en condiciones de ser adoptadxs. Entre estas creencias escuchamos con frecuencia que hay una enorme cantidad de niñxs que se ven en las calles, que podrían estar con una familia adoptiva y sin embargo están impedidos debido a la burocracia del sistema; que para ser adoptante no se pueden tener hijxs biológicos y que hay que probar impedimentos para concebir; que solo adoptan las personas casadas; que para adoptar hay que tener un nivel considerablemente elevado de ingresos; que los trámites para adoptar son excesivamente largos y complejos; que tener capacidad para "dar amor" es una condición suficiente para una adopción; que en cualquier momento les pueden "sacar" al/la hijx para ser reintegrado a su familia de origen; entre otros.

En definitiva, es mucha la desinformación que circula en torno a la adopción y no solo quedan afectados en este desconcierto quienes están ajenos a los sistemas del Estado sino también aquellxs operadores que, por diversas causas, no logran evadirse de las premisas erróneas y siguen desplegando prácticas que están nutridas por esa incorrecta información colectiva **(3)**.

(*) Abogada (UBA). Esp. en Derecho de Familia (UBA). Profesora adjunta regular —a cargo de cátedra— de Derecho Civil V (FADECS, UNComahue). Docente de posgrado en UNComa y UBA. Jueza de Familia (Unidad Procesal N° 11, ex Juzgado de Familia N° 11), General Roca, Río Negro. Integrante de la Red Mujeres para la Justicia.

(1) Muchas de las personas que conforman los equipos de los órganos de protección de niñez tienen esta formación terciaria.

(2) Información emitida por los medios de comunicación masiva, información que circula en las redes sociales, "charlas de café", etc.

(3) Este mismo enfoque y preocupaciones es abordado en la obra: OTERO, Federica, "Los procesos de adop-

Por ello, buscaré introducir reflexiones que sean claras y útiles para todas aquellas personas que sean operadoras de los sistemas de protección de niñez y adolescencia y tengan interés en temas de adopción, aunque no tengan una base de formación jurídica.

II. Encuadre general del tema

La sanción del Cód. Civ. y Com. produjo grandes cambios en muchos aspectos de nuestro de derecho positivo que alteraron el modo en que hay que dedicarse al estudio del derecho (en especial el civil y el comercial, pero con incidencia en las demás ramas del derecho) y a la forma en que debe analizarse cada caso que se plantea en la práctica laboral. En este sentido, los primeros tres artículos del código marcan principios, indicaciones que deben ser seguidas por lxs operadores y reglas que permiten saber cómo hay que organizar el estudio de las normas que están en el resto del articulado del código y en las demás leyes **(4)**. Puntualizan que la forma en que debe conjugarse el análisis va a depender del "caso" que se esté trabajando **(5)**, lo cual quiere decir que no podemos hablar de fórmulas prestablecidas y soluciones aplicables a la totalidad de los planteos que lleguen a los tribunales o que sean abordados por órganos de la administración, sino que cada caso deberá tener una solución que se adapte a sus propias circunstancias.

Dentro de todas las reformas que introdujo el código vigente, hay consenso en afirmar que el derecho de las familias fue el más movilizado y, dentro de ello, también tenemos que advertir que el régimen de la adopción fue uno de lo que mayores cambios recibió. Las modificaciones introducidas eran muy esperadas, debido a que se observaban discrepancias entre las directivas provenientes de los derechos humanos y el texto que había sido introducido en el Cód. Civil mediante la sanción de la ley 24.779 **(6)**. Los años siguientes a la sanción de esta ley fueron determinantes para consolidar el concepto de la "constitucionalización y convencionalización" del derecho interno argentino y, por ello, las falencias que se advirtieron al momento de su sanción fueron sumando otras que estaban vinculadas con las lecturas de los textos de derecho internacional de los derechos humanos **(7)**. Por estos motivos, al llegar el día de la reforma integral del código, eran muchos los aspectos que ameritaban una profunda revisión. Probablemente, la mayor falencia que tenía el texto vigente hasta el año 2015 era que omitía hacer prevalecer el interés superior del/la niñx o adolescente y, en lugar de ello, seguía fundando la adopción en los intereses o las circunstancias atravesadas por las personas adultas (por ejemplo, el hecho de que la pareja no pueda gestar hijxs biológicxs, que estaba previsto en el art. 315, lo cual daba cuenta que seguía pensándose la adopción como una reparación para las personas adultas que sufrían este inconveniente en lugar de tomar como eje las condiciones de quienes serán adoptados).

Al repasar la normativa internacional, encontramos que la Convención sobre los Derechos

ciones de niños, niñas y adolescentes", Noveduc, Buenos Aires, 2018, cap. 1.

(4) En los "Fundamentos del Anteproyecto" del Código Civil y Comercial (2012), la comisión redactora ha explicado: "Desde otra perspectiva, es necesario que los operadores jurídicos tengan guías para decidir en un sistema de fuentes complejo, en el que, frecuentemente, debe recurrirse a un dialogo de fuentes, y a la utilización no sólo de reglas, sino también de principios y valores".

(5) En uno de los primeros artículos referidos a la reforma del código, Kemelmajer remarca: "Adviértase que el art. 1° del Proyecto se refiere a Los casos que este Código rige. Pretende, con este lenguaje, alejarse de las abstracciones, para dar soluciones a cuestiones que se presentan en la realidad" (KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída, "Lineamientos generales del derecho de familia en el proyecto de Código Civil y Comercial unificado", RDPyC 2012-2, Rubinzal-Culzoni Editores, RCD 87/2015). Este mensaje lo recuerda constantemente en diversas obras y en sus conferencias y clases (se puede tener acceso a algunos de estos materiales en plataformas online de acceso gratuito) para reafirmar la importancia que tiene pensar el derecho desde la solución que hay que darle a la situación planteada en forma concreta y específica.

(6) Publicada en el BO en fecha 01/04/1997, introdujo el texto de los arts. 311 al 340, Cód. Civil.

(7) En la obra "Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779", Lloveras enumera una serie de deficiencias que encuentra en esta reforma, la que considera que no llegó a dar solución a todos los problemas que en la práctica tribunalicia se observaban en materia de adopción (LLOVERAS, Nora, "Nuevo régimen de adopción. Ley 24.779", Depalma, Buenos Aires, 1997, p. 30 y ss.). Años más tarde y desde el análisis netamente constitucional, la misma autora enlista nuevas críticas al mismo texto legal (ver LLOVERAS, Nora y SALOMÓN, Marcelo, "El derecho de familia desde la Constitución Nacional", Ed. Universidad, Buenos Aires, 2009, p. 264).

del Niño (CDN) consagra el derecho del/a niñx, adolescente a vivir en familia en su preámbulo y en los arts. 8°, 9°, 16, 20 y 21. Para eso, el marco familiar que primero debe resguardarse es el de la familia de origen. Solo podrán tomarse decisiones para la separación del/la niñx o adolescentes de este grupo (familia nuclear, ampliada o relaciones socioafectivas) cuando existan hechos de una magnitud tal que así lo justifiquen y estos hechos nunca podrán estar fundados únicamente en razones económicas (pobreza). Se busca que no existan criterios arbitrarios para justificar la separación, lo cual se encuentra regulado en la ley 26.061 que instrumenta el sistema de protección integral de niñxs y adolescentes y reglamenta en nuestro derecho interno las mandas de la convención.

Con relación a la condición de pobreza, en las "Directrices sobre las modalidades alternativas del cuidado de los niños" (ONU, 2009) se ha dejado asentado: "14. La falta de medios económicos y materiales, o las condiciones imputables directa y exclusivamente a esa pobreza, no debería ser nunca la única justificación para separar un niño del cuidado de sus padres, para recibir un niño en acogimiento alternativo o para impedir su reintegración en el medio familiar, sino que debería considerarse como un indicio de la necesidad de proporcionar a la familia el apoyo apropiado". Es decir, no se puede sacar a un/a niñx o adolescente de su familia de origen por el hecho de ser pobres y tampoco se puede excluir a pretensxs adoptantes por el hecho de serlo.

Al hablar de adopción también quedan comprendidos el derecho a un nombre, a la identidad y a conocer sus orígenes, que ubicamos en los arts. 7° y 8°, CDN. El apellido de una persona sufre alteraciones en las adopciones, tratándose de uno de los aspectos relevantes que deben ser analizados por la familia y evaluarse al dictarse la sentencia. Actualmente son muchas las opciones que pueden implementarse para la inscripción de los apellidos, por ello es importante el conocimiento que deben tener todas las personas implicadas en la relación adoptiva, quienes deben recibir adecuado asesoramiento jurídico **(8)**.

La identidad de una persona tiene varios elementos y facetas que requieren un detenido trabajo y análisis en los procesos adoptivos (uno de ellos es el nombre). Es de interés en las adopciones valorar cómo es el proceso de identificación del/la niñx o adolescente en la familia que está empezando a integrar. Sobre este aspecto versará el eje probatorio del proceso de adopción y el principal punto a analizar en la sentencia. Otero y Videtta explican: "El fin último de todo proceso adoptivo es que se logre el nuevo estado filial a través de la sentencia judicial, al mismo tiempo garantizando que se hayan alcanzado la genuina construcción subjetiva filial. O sea, que se haya construido una parentalidad adoptiva adecuada, genuina y permanente para que esa/e NNA que estaba previamente en situación de adoptabilidad, más allá de la sentencia judicial. En otras palabras, debemos asegurarnos de que con la sentencia judicial también se haya logrado que esa/e NNA se autoperciba sujeto en familia. De allí la complejidad que reviste todo proceso adoptivo, más allá de las particularidades de las situaciones de vida de los niños" **(9)**.

El derecho a conocer los orígenes tiene una connotación singular en materia de adopción y se encuentra expresamente regulado en el art. 594, inc. e), Cód. Civ. y Com. Su expresa incorporación obedece a comportamientos que eran habituales en el pasado (negar al/la hija su condición de adoptadx, además de la ruptura con todos los datos que tuvieran relación con su vida anterior) y que aún quedan resabios, pese a la cantidad de información que ha circulado en las últimas décadas para el reconocimiento social de las familias adoptivas y, con ello, que desaparezcan aquellos fantasmas vinculados con la discriminación que podría sufrir la familia **(10)**

(8) Puede optarse por el apellido de cualquiera de lxs adoptantes, o de ambos en el orden que se prefiera o mantener el apellido de origen en forma exclusiva o en combinación con los adoptivos si la persona adoptada así lo requiere en función a la percepción de su identidad. Cabe destacar que cuando existen hermanxs bilaterales, corresponderá la inscripción del modo que éstos llevan su apellido (conf. art. 64 2° párr.), aspecto que también podrá flexibilizarse en protección a su derecho a la identidad.

(9) OTERO, M. Federica y VIDETTA, Carolina, "Adopciones", Noveduc, Buenos Aires, 2021, pp. 92-93.

(10) En el debate por la sanción de la ley 24.779, la diputada Irma Roy sostuvo: "Lo que debemos hacer es lograr una amplia difusión de los valores de la adopción hacia la

y sus integrantes por el solo hecho de tratarse de una integración adoptiva. Como se aprecia, la consagración de este derecho no depende solo del trabajo con las familias que adoptan sino también con toda la comunidad, a través de diversas políticas públicas, para dar a conocer las diferentes formas de organización familiar y que no hay una estructura familiar que prevalezca por sobre las otras o sea preferente **(11)**.

Es sabido que todos estos derechos se entrecruzan con los principios rectores de la CDN: el interés superior (art. 3°) y el derecho a ser escuchado y que su opinión sea tenida en cuenta (art. 12). La Observación General N° 12 (*El derecho del niño a ser escuchado,* 2009) del Comité de la Convención sobre los Derechos del Niño se expide sobre la importancia de su participación activa en situaciones de adopción: "El art. 21 de la Convención estipula que el interés superior del niño debe ser la consideración primordial. En las decisiones relativas a la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento, el *interés superior* del niño no puede determinarse sin tomar en consideración las opiniones del niño. El Comité insta a todos los Estados Partes a que informen al niño, de ser posible, sobre los efectos de la adopción, la kafala u otros tipos de acogimiento y a que garanticen mediante leyes que las opiniones del niño sean escuchadas". Con base en esta directiva, corresponde implementar mecanismos para garantizarle a la persona menor de edad que es adoptada su derecho a recibir adecuado asesoramiento jurídico.

La Observación General N° 14 (*Sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial [art. 3°, párr. 1],* 2013) también hace referencia a la adopción en el punto 38: "Con respecto a la adopción (art. 21), el derecho del interés superior se refuerza aún más; no es simplemente 'una consideración primordial,' sino 'la consideración primordial.' En efecto, el interés superior del niño debe ser el factor determinante al tomar una decisión relacionada con la adopción, pero también relacionadas con otras cuestiones".

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en su Opinión Consultiva OC-17/2002 (Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño) también toma estas mismas premisas que están en la CDN y expresa: "Especialmente en relación con la adopción, debe lograrse la intervención judicial para controlar su ejecución, ya que es importante que sea 'un acto tendiente al bienestar del niño' y la falta de control sobre ella puede dar lugar a abusos y acciones ilícitas". Por lo cual, desde este otro organismo internacional también se advierte sobre la admisibilidad de la separación de la familia de origen solo cuando hay hechos que la fundamenten y que todo el procedimiento debe priorizar las condiciones e intereses del/la niñx y adolescente.

Estos lineamientos inspiraron la modificación del régimen de adopción que está vigente desde el año 2015 y son aquellas fuentes que debemos leer cada vez que estamos estudiando y resolviendo este tipo de casos.

III. Esquema procedimental del régimen normado

De los distintos supuestos que pueden finalizar en una integración familiar adoptiva, nos avocaremos a analizar aquellos casos en los que la decisión de separación definitiva con la familia de origen está dada en sede jurisdiccional y será tarea del/la juez/a tomar esta decisión para luego continuar el resto del procedimiento adoptivo.

De la lectura de los artículos que tratan la adopción en nuestro Cód. Civ. y Com. (arts. 594 al 637), se puede apreciar que hay tres partes bien diferenciadas y que siguen una cronología, por lo cual podríamos hablar de la existencia de tres etapas **(12)**.

III.1. Primera etapa

La primera está relacionada con la norma que determina qué personas están en condiciones

comunidad a fin de que el niño no sufre la discriminación de que es objeto sistemáticamente cuando se sabe que es adoptado", citado por LEVY, Lea, "Régimen de adopción Ley 24.779", Astrea, Buenos Aires, 1997, p. 21.

(11) En materia educativa, estos contenidos están (o deberían) dentro de la ESI.

(12) Para profundizar en el tema y con la misma diagramación pedagógica y coincidencia de abordaje, se puede ver la obra: OTERO, M. Federica y VIDETTA, Carolina, "Adopciones", cit. Para ahondar en el trabajo interdisciplinario que se realiza y/o se dirige desde el tribunal, recomiendo: OTERO, M. Federica, "Los procesos de adopciones de niños, niñas y adolescentes", Noveduc, Buenos Aires, 2018.

de ser dadas en adopción [art. 597 **(13)**] y tiene como resultado final el dictado de una resolución o sentencia que determine la *declaración del estado de adoptabilidad* del/la niñx o adolescente. Esta parte del proceso se basa en examinar si están dadas las condiciones para que proceda la separación *definitiva* con la familia de origen. Se encuentra regulada en el art. 607 **(14)** y cuenta con tres supuestos diversos:

a) Ocurre en dos supuestos, el primer es cuando se toma conocimiento de un/a niñx en situación de abandono sin que se tenga conocimiento sobre su filiación. Ante esta situación se ordena que se realicen investigaciones tendientes a obtener datos para conocer a sus progenitores **(15)** o identificar a otros miembros de la familia. Esta tarea recae en el órgano administrativo creado en el marco del sistema de protección integral (ley 26.061 y sus análogas en cada provincia y CABA).

Mientras transcurre el plazo legal (30 días, postergables por otros 30 más con debido fundamento), corresponde que el organismo adopte una medida de protección excepcional de derechos (art. 40, ley 26.061), designándose guardador/es para el cuidado del/la niñx.

Una vez finalizado el tiempo previsto y sin resultados positivos, corresponderá el dictado de una resolución que determine que el/la niñx se encuentra en condiciones de ser adoptadx. Para el dictado de esta resolución no será necesario (podríamos afirmar que no corresponderá) introducir más elementos probatorios que prolonguen el proceso, puesto que la prueba es este procedimiento administrativo que estuvo a cargo del órgano proteccional y cuyos resultados son informados al tribunal. Por ende, en un tiempo que no debería insumir más de muy pocos días (incluso podemos hablar de horas), estarán dadas las condiciones para el dictado de la sentencia que determine la situación de adoptabilidad.

El otro supuesto regulado en este inciso hace referencia a aquellas situaciones de niñxs o adolescentes que son huérfanxs y que no tiene ningún familiar ni referente afectivo que pudiera ocuparse de su cuidado. Estos casos tenían cierta habitualidad en el pasado y por ello el tradicional nombre de orfanato que tenían las instituciones públicas de cuidado, pero lo cierto es que en la actualidad son muy poco frecuentes. Si llegara a darse este supuesto, la instrumentación sería como la descripta para el caso de abandono.

b) Este segundo inciso regula aquellos casos en los que lxs progenitores toman la decisión de dar a su hijx en adopción. Tampoco hay edades limitantes para tomar esta decisión y por ello puede darse con recién nacidxs o con niñxs o adolescentes de mayor edad. Estos últimos casos son menos frecuentes y hay una mayor intervención estatal para mantener la relación y

(13) Para facilitar la lectura transcribo el texto citado: "Personas que pueden ser adoptadas. Pueden ser adoptadas las personas menores de edad no emancipadas declaradas en situación de adoptabilidad o cuyos padres han sido privados de la responsabilidad parental. Excepcionalmente, puede ser adoptada la persona mayor de edad cuando: a) se trate del hijo del cónyuge o conviviente de la persona que pretende adoptar; b) hubo posesión de estado de hijo mientras era menor de edad, fehacientemente comprobada".

(14) Su texto completo dice: "Supuestos. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad se dicta si: A) un niño, niña o adolescente no tiene filiación establecida o sus padres han fallecido, y se ha agotado la búsqueda de familiares de origen por parte del organismo administrativo competente en un plazo máximo de treinta días, prorrogables por un plazo igual sólo por razón fundada; B) los padres tomaron la decisión libre e informada de que el niño o niña sea adoptado. Esta manifestación es válida sólo si se produce después de los cuarenta y cinco días de producido el nacimiento; C) las medidas excepcionales tendientes a que el niño, niña o adolescente permanezca en su familia de origen o ampliada, no han dado resultado en un plazo máximo de ciento ochenta días. Vencido el plazo máximo sin revertirse las causas que motivaron la medida, el organismo administrativo de protección de derechos del niño, niña o adolescente que tomó la decisión debe dictaminar inmediatamente sobre la situación de adoptabilidad. Dicho dictamen se debe comunicar al juez interviniente dentro del plazo de veinticuatro horas. La declaración judicial de la situación de adoptabilidad no puede ser dictada si algún familiar o referente afectivo del niño, niña o adolescente ofrece asumir su guarda o tutela y tal pedido es considerado adecuado al interés de éste. El juez debe resolver sobre la situación de adoptabilidad en el plazo máximo de noventa días".

(15) En general, estos supuestos se dan con bebés recién nacidxs, pero también podría darse el supuesto de niñxs de corta edad. Usualmente, las investigaciones procuran conseguir datos en los hospitales de la zona para que puedan aportar información sobre partos en las fechas estimadas del nacimiento, actividad que es más sencilla realizar en ámbitos geográficos que tienen pocos centros asistenciales y poca población.

buscar revertir esa decisión debido a la construcción del vínculo que ya existe.

El código introduce aquí una condición de validez del consentimiento para manifestar esta decisión que deja traslucir que el inciso está principalmente pensado para lxs recién nacidxs. Se trata del plazo de 45 días desde el nacimiento que corresponde esperar para recibir ese consentimiento. Si bien este plazo debe ser respetado, considero que hay situaciones especiales en las que las conductas expresadas por lxs progenitores **(16)** (principalmente la persona gestante, que es a quien se busca proteger durante este plazo de puerperio) son demostrativas de una decisión totalmente razonada e irrevocable que podría determinar que se anticipe la búsqueda de la familia adoptiva para que la vinculación inicie lo antes posible para evitar cambios de cuidadores durante esta etapa que es muy importante en la formación de la personalidad. La excepcionalidad de una decisión judicial de estas características implica un abordaje interdisciplinario profundo, realizado en un tiempo acotado, pero con mucha responsabilidad de lxs profesionales actuantes.

Su decisión deberá ser prestada ante el/la juez/a interviniente y deberán tomarse todos los recaudos para evaluar que no tiene vicios y que fue dado con el debido discernimiento. Más allá de esta apreciación, la búsqueda de esta información no requiere una evaluación probatoria a través de pruebas periciales, sino que son datos que pueden obtenerse con una escucha atenta y comprometida en el marco de una audiencia judicial **(17)**.

Un dato indispensable es que la persona debe contar con patrocinio letrado. Quien la patrocine debe brindarle un asesoramiento integral para poder decidir con adecuada información sobre su situación y no debe tratarse del mero cumplimiento de un formalismo. Asimismo, es importante destacar que tanto quien asesora como el tribunal deben tener una actitud de acompañamiento, sin emitir opiniones personales que tiendan a criticar o a pretender modificar las decisiones o hacer sentir menospreciada a la persona, debiendo comprender que estas decisiones son ajenas a los modelos estereotipados de lo que se considera una "buena madre".

Otro tema importante para analizar es qué ocurre cuando no hay reconocimiento paterno. Acá nos salta a la memoria lo que decidió la Corte IDH en el famoso caso "Fornerón" **(18)** y ese ejemplo nos tiene que servir de enseñanza y guía para no reproducir los errores que allí se cometieron. En definitiva, la falta de reconocimiento paterno no puede implicar borrar la figura del padre, sino que se torna necesario hacer una acotada investigación para conocer datos y permitir que también se expida sobre la adopción o la decisión de crianza. Se podrán requerir datos a la mujer, debiéndose respetar su derecho a la intimidad y ponderar los motivos que exponga en caso de negarse a dar datos para ubicar al progenitor. Si se lo localiza, deberá ser citado y escuchado y si hay dudas sobre la paternidad podrán realizarse análisis genéticos para confirmar la existencia del vínculo. Aclarar este punto permitirá evitar reclamos posteriores, aunque no debe provocar una dilación innecesaria de los plazos.

Por otro lado, la búsqueda de algún miembro de la familia ampliada para que se ocupe de la crianza es un tema también debatido y en cada caso deberá obrarse de manera respetuosa si hay negativa por parte de quienes expresan su deseo de dar en adopción. Hay que remarcar que no existe obligación de agotar la búsqueda de posibles cuidadores en la familia ampliada y habrá que analizar en cada caso si esto es beneficioso para lxs progenitores y el/la niñx.

(16) Suele ocurrir que las mujeres que manifiestan su decisión de dar en adopción durante el embarazo tienen conductas durante el momento del nacimiento tales como rechazar ver al bebé, no autorizar que estén en contacto con ella ni darle de amamantar. También cuando los nacimientos se producen como consecuencia de un intento de aborto fallido, situaciones que seguramente van a empezar a desaparecer en la práctica a partir de la correcta implementación de la ley de IVE.

(17) Hay que recordar que lxs escribanxs también tienen que evaluar estas circunstancias personales de quienes realizan actos jurídicos de los que van a dar fe y, sin embargo, en ningún supuesto se extienden en pruebas especializadas para arribar a la conclusión de la falta de vicios y de la existencia del discernimiento.

(18) Corte IDH, 27 de abril de 2012, "Fornerón e hija c. Argentina", Cita online: TR LALEY AR/JUR/27523/2012, https://corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_242_esp.pdf.

Aquí también se tendrá que tomar una medida de protección excepcional mientras concluyan estas actividades procesales y luego deberá dictarse una resolución que determine el estado de adoptabilidad, de la cual conste el análisis de los aspectos aquí tratados. Al igual que en el inciso previo, esta sentencia estará en condiciones de dictarse en tiempo muy acotado después de recibir el consentimiento.

c) Este tercer inciso es el más habitual en la práctica tribunalicia, describe el procedimiento que corresponde cuando se tomó una medida de protección excepcional de derechos y el organismo de protección llegó a la conclusión que no hay posibilidades de retomar la convivencia parento-filial y tampoco hay miembros de la familia ampliada que pudieran encargarse de la crianza en debida forma.

La ley regula el plazo de 180 días para que se trabaje con la familia de origen y, en caso de no obtener resultados positivos, dará inicio a este proceso. Este lapso puede reducirse si hay motivos muy claros que permiten concluir con convicción que esta vinculación es inapropiada pero también podrá extenderse cuando la intervención tiene avances, pero no son tan contundentes como para retomar la convivencia y es preciso contar con más tiempo para consolidar los cambios de conducta o los vínculos. También hay que valorar que algunas personas requieren más tiempo para poder modificar actitudes debido a diversas situaciones de vulnerabilidad que atraviesan (por ejemplo, cuando se trata de una persona con discapacidad **(19)** o cuando la mujer ha sido víctima de violencia de género y es preciso subsanar estos padecimientos para luego empezar a reforzar su figura materna).

Durante este plazo, es indispensable que exista un trabajo profundo y constante puesto que si solamente se ofrecen espacios de trabajo y contención de manera esporádica no se está dando cumplimiento a lo dispuesto por la ley. En todo momento del proceso, cada unx deberá contar con patrocinio letrado, entendiéndose que la falta de patrocinio afecta enormemente su derecho de defensa y hasta podría producir nulidades procesales. El Estado debe garantizar este derecho a través de su cuerpo de defensores si las partes no tienen recursos para solventar un patrocinio privado, para su actuación en sede judicial y también en la administrativa, incluso antes del inicio de la vía judicial. Una vez más, es dable enfatizar en que la defensa debe ser activa y no un mero formalismo.

Al igual que para lxs adultxs, el/la niñx o adolescente también podrá tener patrocinio letrado, lo cual quedaría comprendido dentro de los supuestos de asistencia letrada del "abogadx del/la niñx o adolescente".

Una vez que el organismo agota todas las posibilidades para que pueda ser procedente la revinculación convivencial (quizás pueden tener contacto, pero no convivencia), emitirá un dictamen para dar inicio al proceso en que será analizado si están dadas las condiciones para que se determine el estado de adoptabilidad. Aquí se produce un quiebre porque marca un antes y un después entre el trabajo con la familia y el camino hacia una nueva integración familiar. Este cambio de rumbo debe ser claro en la intervención con cada integrante de esa familia, para evitar dobles mensajes e ideas que no coinciden con el objeto del proceso judicial que se inicia.

Aquí se está analizando el fin de la relación xaterno-filial y, por consiguiente, el derecho de defensa de quienes están siendo observados por sus falencias en el ejercicio de la xaternidad tiene especial relevancia. No solo es importante para el proceso sino para la vida del/la hijx, porque la claridad en conocer los motivos de la separación y qué dijo o hizo en se momento el/la progenitor para evitar esta ruptura, es determinante para la formación de la subjetividad de ese niñx. Sin perjuicio de ello, su participación en el expediente tampoco debe transformarse en un accionar que tenga como único objetivo la dilación de los tiempos, puesto que el eje principal del expediente está centrado en el interés superior del/la niñx o adolescente.

Es muy normal que el transcurso de este proceso demore más de los 90 días previstos en la norma, en especial cuando sumamos las etapas recursivas. Es primordial para evitar la extensión del plazo que se prevean pautas procesales claras, que las leyes procesales establezcan pla-

(19) Para profundizar en el tema es relevante la sentencia: CSJN, "S., M. A. s/ art. 19 CIDN", 27/11/2018, https://sjconsulta.csjn.gov.ar/sjconsulta/documentos/verUnicoDocumentoLink.html?idAnalisis=749234&cache=1644613276955.

zos más acotados para la presentación y resolución de los recursos **(20)** y que el trabajo de lxs profesionales que patrocinan no esté orientado al entorpecimiento del proceso, práctica laboral que aún se observa en muchxs profesionales y que en los asuntos de familia debería estar erradicada, más aún cuando se trata de este tipo de procesos.

Una vez obtenida la prueba se dictará la resolución y —en caso de hacer lugar a lo peticionado por el organismo— una vez que se encuentre firme estarán dadas las condiciones para la búsqueda de las familias adoptivas. El inicio de la vinculación antes de conocer la firmeza de la sentencia es una práctica que se observa en los tribunales, aunque no es recomendable, puesto que da comienzo a la vinculación cuando todavía no hay certeza sobre el futuro de esta relación y esta incertidumbre deja varios miedos latentes (como el de sacar al niñx de su lugar de manera intempestiva) que son perjudiciales para la conformación de la nueva relación que se está gestando. En este sentido Cárdenas ha dicho: "cuando un niño es entregado en guarda para adopción, ni él ni la familia deben tener la menor duda de que la adopción se producirá, salvo que el período de guarda demuestre que no es bueno para ellos, que no hay mutua adaptación. Cualquier otro motivo queda desestimado (incluidas pretensas reclamaciones de la madre y/o padre biológicos)" **(21)**. Por ello, el inicio de esta nueva etapa de la vida debe llegar con la plena convicción de que la integración con la familia de origen es una etapa vital que ya ha concluido.

Los tiempos procesales —que en la sumatoria llegan a un mínimo de 210 días, muy difícil de cumplir en la práctica— ponen en evidencia que el plazo de 180 días sobre el que se escucha hablar como un límite para la permanencia con la familia de tránsito **(22)**, no es un plazo cierto ni posible (más aún porque la permanencia con esta familia se prolongará hasta el momento que inicie la convivencia con la familia adoptante, lo cual ocurrirá luego de su selección y vinculación). Por este motivo, uno de los temas a trabajar con lxs niñxs y adolescentes y con las familias de acogimiento es sobre este plazo, para que puedan organizar sus vidas cotidianas y sus expectativas.

Otro tema para evaluar es la existencia de miembros de la familia ampliada que estén en condiciones ocuparse debidamente de la crianza y tengan deseos de adoptar. Si bien la ley dispone que en caso de existencia de estas personas impide que se declare la adoptabilidad, esto también deberá analizarse en el caso concreto, puesto que puede ocurrir que esa/s persona/s se convierta/n en adoptante/s una vez producido el dictado de la sentencia, siempre que la relación de parentesco no les impida ejercer esta petición (las personas impedidas serían ascendientes y hermanxs, el resto de lxs familiares podrían ser adoptantes) **(23)**. Lo mismo puede ocurrir con referentes socioafectivos, ya que el hecho de declararse la adoptabilidad no implica que la familia que adopte sea una familia extraña al/la niñx o adolescente. Este es uno de los mitos erróneos que generan confusión e infunden miedos a la familia (que muchas veces está en calidad de guardadora), situación que es per-

(20) El Código Procesal de Familia de Río Negro establece en su art. 32 inc. f): "Toda causa que involucre derechos de niñas, niños y adolescentes en situación de institucionalización o familia de acogimiento debe ser resuelta con prioridad para fallar". Esta directiva involucra a las actuaciones en todas las instancias.

(21) CÁRDENAS, Eduardo, "Hogares de tránsito y guarda para adopción ¿Compartimentos comunicados o estancos?", LA LEY, 2005-A, 1010, DJ, 2004-3, p. 1153, TR LALEY AR/DOC/2705/2004.

(22) Mientras circulaba en los medios el "caso Mimi", se presentó un proyecto de ley (0832-D-2021) que pretende la incorporación del art. 611 bis al Código Civil y Comercial, el que ha recibido muchas críticas por apartarse de principios vigentes en este tema y pretender dar respuestas cerradas a situaciones que deben ser analizadas en forma prudencial en cada caso concreto, en contraposición con los principios rectores de la legislación civil que hemos citado en apartados anteriores (https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2021/PDF2021/TP2021/0832-D-2021.pdf).

(23) Así lo he resuelto en la sentencia dictada en el Juz. Flia. N° 11, General Roca, Río Negro, "R., S. I. y A., L. A s/ declaración de adoptabilidad", 24/05/2016, https://drive.google.com/file/d/1nQ-kOtDSzkvIkgdbonSspikddmzVESV-/view?usp=sharing. Ver también: Fortuna, Mariana, "Declaración de adoptabilidad y privación de la responsabilidad parental. Oposición del referente afectivo y cómo sortear la prohibición del art. 611, Cód. Civ. y Com.", RDF 2017-V, 09/10/2017, p. 118, Cita online: TR LALEY AR/DOC/4027/2017.

judicial porque producen situaciones de nerviosismo y perturban la armonía familiar.

Un dato que debemos recordar: durante este recorrido judicial, lxs niñxs y adolescentes van a estar viviendo en una institución o con una familia de tránsito. Esto implica que van a estar creciendo, desarrollando actividades, recibiendo los cuidados que necesitan, generando vínculos con las personas con quienes conviven y con quienes tienen contacto frecuente, incorporando valores, rutinas, experiencias que van a estar vinculadas con ese entorno social y ambiental. Desde el punto de vista de la situación jurídica, en este tiempo continuará el control que tiene el órgano de protección y, por ende, los efectos de las medidas de protección que se han tomado **(24)**. Es decir, sus vidas van transcurriendo, y la CDN y la legislación interna imponen que esto sea un cambio positivo, que aquellos problemas que existían cuando fueron separadxs de su familia de origen desaparezcan y que se les restituyan aquellos derechos que tenían vulnerados [aquí hay que contemplar que el derecho a "vivir en familia" quedará vulnerado y, por ello, la importancia de implementar programas para que puedan integrar familias de tránsito, situación que se acerca lo máximo posible a la plena consagración de este derecho **(25)**].

III.2. Segunda etapa

Luego de adquirir firmeza la sentencia de declaración del estado de adoptabilidad, inicia la parte del proceso que finalizará con el dictado de la resolución de guarda con fines de adopción. Desde el punto de vista procesal, se trata de actuaciones acotadas y llevará una mayor labor a cargo de los equipos que se dediquen a la evaluación de la familia con mayores aptitudes para esa adopción, las que generalmente se introducen en los expedientes en un informe que releve las distintas tareas abordadas. Por lo cual, en ocasiones los únicos actos procesales son la agregación del informe interdisciplinario, las actas de las audiencias con la familia y lxs niñxs y directamente la resolución.

Si bien la reforma legal intentó ser muy clara en cuanto al lineamiento del proceso, se observa con mucha frecuencia que hay tribunales que crearon una etapa intermedia mediante la cual otorgan a la familia seleccionada una guarda en los términos previstos en el art. 657, Cód. Civ. y Com. y luego de verificar cómo avanza la convivencia dictan la guarda preadoptiva. A todas luces, esta práctica es contraria a lo normado en el código, cuyo texto no debería dar lugar a confusión. Se trata, pues, de otro de los errores que se cometen porque quedan resabios del viejo sistema, el que tenía otros mecanismos y le faltaba claridad en la cronología del proceso.

Otra práctica que también tergiversa lo que la ley quiere consagrar, está dada en la forma de selección de las personas en condiciones a recibir en adopción. Sabemos que la búsqueda de la familia será responsabilidad de los equipos y lo que tenemos que pensar en cómo van a hacer esta búsqueda para proceder luego a la selección. En principio, quienes diagramen la búsqueda, deberán determinar qué perfil de adoptantes van a estar rastreando y para ello van a tener que sentarse con quienes conocen al/la niñx o adolescente y deberán tomar contacto personal con ellxs (incluso aunque sean bebés muy pequeños). El rol del/la juez/a también será relevante porque deberá sentarse con el equipo para definir lineamientos y realizar los aportes legales que sean aplicables (por ejem-

(24) Según los diversos criterios, podrán renovarse judicialmente las prórrogas de las medidas de protección o podrá dictarse una medida de no innovar que en cuanto a los efectos jurídicos tendrá la misma extensión que las prórrogas o tal vez mediando una resolución de guarda otorgada en los términos del art. 657 Cód. Civ. y Com. (se puede consultar: BRITOS, M. Verónica y QUEIROLO, M. Cecilia, "El procedimiento en los controles de legalidad de las medidas excepcionales de protección de Niñas, Niños y Adolescentes a la luz del Código Civil y Comercial de la Nación", en GALLO QUINTIAN y QUADRI (dir.), Procesos de Familia, La Ley, Buenos Aires, 2019, t. III, pp. 369 y ss.).

(25) UNICEF viene dando lineamientos concretos sobre este tema desde hace muchos años, así se dice: "En este sentido, es preciso remarcar la necesidad de que el Estado provea y fomente sus instituciones relativas a la niñez, alentando nuevas y mejores condiciones tanto en términos de recursos humanos como mate riales, pero ya no para utilizarlos como espacios de internación compulsiva de niños, niñas y adolescentes (tal como se practicaba en el modelo tutelar), sino para que puedan ser recursos disponibles, devenidos en lugares respetuosos para el alojamiento y cuidado temporario de los niños hasta tanto se restituyan sus derechos, a través de la vinculación familiar, la adopción o un proyecto de vida autónomo" ("Situación de niños, niñas y adolescentes sin cuidados parentales en la República Argentina", año 2012, p. 38).

plo, si la modalidad de adopción será simple o plena y, en caso de esta última, si corresponderá que se conserve alguna relación familiar con persona de la familia de origen). Es decir, acá se reconfiguran las relaciones de trabajo habituales en el poder judicial y esx juez/a deberá trabajar con el resto del equipo en forma trasversal (un trabajo interdisciplinario real, en donde cada profesional aporte los conocimientos de su disciplina, para elaborar un trabajo conjunto que integre y balancee todos los datos aportados).

Esta actividad tendrá que tomar en cuenta qué lugar sería el adecuado para que continúe la vida familiar estx niñx o adolescente, encontrándonos con situaciones en la que es preferible que se aleje de su lugar anterior de residencia y otras en las que esto no sería conveniente. En caso de traslados, hay que analizar con adecuada prudencia cómo la cuestión ambiental podría afectar a esx niñx o adolescentes y previo a determinar su traslado, hay que trabajar el tema de manera muy especial, ya que el cambio de una punta a la otra del país impacta en lo cultural y también en lo ambiental. Antes de tomar la decisión, corresponderá establecer contacto con el equipo interdisciplinario del lugar de destino para coordinar todas las estrategias de seguimiento.

Como primera alternativa, le ley dispone que la búsqueda se haga en el registro de adoptantes, pero hay supuestos que están expresamente previstos en el art. 611, Cód. Civ. y Com. que autorizan a que la adopción se otorgue a parientes. Si bien refiere a esta selección cuando fueron lxs progenitores quienes les dieron al/la niñx o adolescente en guarda, también aparecen situaciones en las que en el marco de la intervención se encuentran miembros de la familia ampliada que están en condiciones de ser adoptantes y en la interpretación armónica que debemos hacer de la ley, corresponde evaluar a estas personas, incluso de forma preferente a quienes están en el registro. De igual modo, puede ocurrir lo mismo con referentes afectivos (dentro de este grupo se encuentran las familias de tránsito), quienes no están mencionado en la ley pero también amerita su evaluación y, en su caso, deberá fundarse la sentencia para apartarse de lo que está expresamente escrito en la norma.

Si la adopción es otorgada a estas personas con quienes ya existió un período de convivencia previa, podrían estar dadas las condiciones para sortear el dictado de la resolución de guarda y dictar directamente la sentencia de adopción, si hay elementos que permiten corroborar la construcción de los vínculos y de la identidad familiar, es decir, cuando ya están confirmados estos hechos y agotado el objeto que tiene este período de guarda.

Una vez detectada la familia que mejor cumple con el perfil buscado, corresponderá iniciar la vinculación, para evaluar si la compatibilidad analizada en un encuadre teórico coincide con lo que ocurra cuando se conozcan y, tanto el/la niñx o adolescente como lxs adultxs, están conformes con la elección y tienen deseos de continuar con la vinculación. El tiempo desde el primer encuentro hasta que se inicia la convivencia deberá ajustarse a cada caso, sin poder establecer estándares que se pretendan aplicar a todas las situaciones, esto dependerá de la construcción de la relación, de las edades de lxs niñxs o adolescentes y de los deseos que manifiesten de iniciar esta nueva etapa, todo ello con el constante acompañamiento del equipo. En el mismo momento que se inicia la convivencia, corresponde que esté dictada la resolución de otorgamiento de la guarda con fines de adopción, por cuanto esto permitirá consolidar el inicio de esta nueva etapa de integración, lo cual es relevante para la construcción de la identidad familiar que antes mencionamos, y contar con un documento emitido por el tribunal que permitirá realizar actividades tales como la incorporación en la obra social, el cobro de asignaciones estatales e incluso podrían pedir el reconocimiento de las licencias por maternidad y paternidad, situación que sería muy conveniente para poder afianzar las relaciones durante el primer tiempo de convivencia **(26)**.

Un aspecto para reflexionar es cómo se termina de elegir qué familia será la que iniciará la vinculación. El intercambio que se genera actualmente a través de las redes sociales y los grupos nos permite acceder a cierta informa-

(26) La administración pública de la provincia de Río Negro otorga las licencias a sus empleadxs desde que se otorga la guarda preadoptiva, sin necesidad de realizar peticiones especiales.

ción sobre prácticas laborales que no suelen ser difundidas por otros medios. En esto, es habitual leer experiencias que relatan que se hacen reiteradas llamadas y entrevistas con el/la juez/a a las que son convocadas varias familias que serían las que cumplen los requisitos del perfil buscado. Este accionar genera varias dudas sobre el procedimiento. En primer lugar, porque cuando se trabaja con un perfil detallado de familia buscada es muy poco probable que tengamos varias que cumplan con esas pretensiones. Es sabido que la mayoría de las adopciones son de niñxs o adolescentes para quienes casi no hay familias inscriptas en los registros **(27)**, por eso, no es fácil cuando se afina la búsqueda para adaptarla a la situación concreta, que encontremos muchas opciones posibles. Los únicos casos en donde es más extensa la lista de interesadxs en la adopción (bebés), hay que procurar mantener el orden cronológico de la inscripción en el registro si hay varias personas que están en las mismas condiciones de cumplir con el perfil buscado. En segundo lugar, plantear la estrategia de trabajo como si se tratara de una carrera para llegar a la adopción, parecería una práctica no respetuosa de los derechos humanos de quienes están interesadxs en adoptar. Es otra de las prácticas arraigadas del sistema anterior que no pueden seguir reproduciéndose. Hay que comprender que quienes desean adoptar atraviesan cuestiones emocionales muy fuertes y, someterlas a una suerte de competencia para ver quién tiene la suerte de llegar en primer lugar, provoca mayor sufrimiento y frustración, de un modo que es innecesario. Es menester que quienes trabajan con estas familias, logren advertir cómo impacta en la gente este tipo de prácticas. Como contrapartida, observamos que muchas personas desisten de continuar en la búsqueda de una adopción luego de haber vivido más de una experiencia como la relatada, lo cual impide contar con más personas inscriptas en los registros y esta carencia demora que lxs niñxs y adolescentes encuentren una nueva familia.

(27) Adolescentes, niñxs mayores de siete años, grupos de hermanxs, niñxs o adolescentes con enfermedades o discapacidad, niñxs o adolescentes que esté previsto que deberán mantener relaciones vinculares con alguna persona de su familia de origen (este último supuesto es cada vez más frecuentes).

III.3. Tercera etapa

La última parte del proceso es en sí el proceso de adopción. Aquí se evaluará cómo fue construyéndose esta relación familiar y si estas personas se sienten entre sí parte integrante de una misma familia.

Desde lo procesal, no sería un proceso complejo porque el seguimiento que debió realizar el equipo interdisciplinario permitirá contar con datos para corroborar que esto ocurrió y que aconteció de un modo tal que es beneficioso para el/la niñx o adolescente. No será necesario agregar otras pruebas como periciales (que deberían haber sido realizadas al momento de la inscripción en el registro o antes de iniciar la guarda) o testimoniales, puesto que los elementos necesarios para que proceda deberán estar analizados en el seguimiento que realizó el equipo y en el consentimiento que deberán prestar las personas interesadas. Estas personas, incluso el niño mayor de diez años, deberán presentarse con patrocinio letrado, siendo función de estos abogadxs informar sobre las distintas modalidades que tiene la adopción, las distintas opciones para inscribir el nombre, los trámites que deberán realizar luego de dictado de la sentencia, entre otros.

En esta sentencia el/la juez/a podrá hacer uso de las facultades previstas en el art. 621, Cód. Civ. y Com. y sobre este tema hay que tener ciertos recaudos. Por un lado, hay que recordar que mantener un vínculo jurídico conlleva todos los efectos propios de la relación. Por ende, si se mantiene un vínculo jurídico con un/a hermanx, se conservarán los derechos alimentarios y hereditarios que correspondan, situación que continuará durante toda la vida de estas personas. Estas previsiones hay que tomarlas en consideración porque en el futuro esto podría ser un hecho no deseado por parte de quien es dadx en adopción durante una edad muy temprana, sin el conocimiento de estos efectos y sin poder consentir.

Por otro lado, hay que plantearse si la sentencia de adopción —que es un hecho muy significativo para la construcción familiar y de la identidad de quien es adoptadx— puede dejar pendiente estos temas para ser analizados en un futuro, cuando la persona adoptadx pueda decidir sobre la preservación de los víncu-

los jurídicos, habilitándole que pueda pedir una ampliación de los efectos de esa sentencia. Demorar el dictado de la sentencia por la falta de datos para valorar el beneficio de estas relaciones, no es adecuado porque frustraría otras cuestiones que aquí son mucho más relevantes **(28)**. Esto no impide que se trabajen las relaciones afectivas.

Con posterioridad a la sentencia, el equipo y el tribunal no deben hacer un seguimiento sistemático de la familia, por cuanto esto implicaría a una intromisión a su privacidad. Si se dictó la sentencia es porque hay convicción sobre el beneficio que esta nueva realidad familiar es para esx niñx o adolescente. Esta conducta podría entenderse como violatoria de la intimidad de la familia y generaría un trato distintivo con las familias biológicas.

IV. Reflexiones de cierre

Como anticipé, este trabajo busca marcar aspectos de las prácticas administrativas y judiciales que aún siguen replicando mecanismos que no encajan con el sistema actual. Hace décadas, el régimen de adopción venía de la mano del sistema tutelar de niñez y otorgaba al magistrado una potestad para que pueda decidir sobre las desvinculaciones con la familia de origen y, a la vez, una especie de "don" que le permitía dar un hijo a aquellos matrimonios que no podían concebir. Este juego de virtudes, lo ponía en un escalón de superioridad frente a la sociedad, por la capacidad que tenía de tomar decisiones que marcaban la vida de las familias de un modo tan relevante.

Frente a este encuadre, el sistema actual tiene otro posicionamiento y requiere un abordaje de estas situaciones que permita la consagración de los derechos humanos de todas las personas que intervienen, en especial de quienes son dados en adopción. Para ello, el rol de quienes operan debe ser llano, humano, empático y comprensivo de las dificultades que acarrea el desprendimiento de la familia de origen como así también la inserción en un nuevo grupo familiar que se reorganiza cuando este hecho se produce. Hay una conducta ética exigible a lxs juecxs y al resto de lxs operadores del sistema que es necesaria para que lo previsto en la legislación funcione adecuadamente.

Hace varios años escuché a Eduardo Cárdenas explicar que a la adopción había que pensarla como si fuera una gran cuna conformada por toda la comunidad que da contención a esxs niñxs y adolescentes que por algún motivo no podían recibir esa asistencia necesaria para su desarrollo por parte de sus progenitores. Esta idea permite entender que la adopción no es un proceso que ocurre entre adoptadx-adoptante, sino que para llegar a esta unión debieron atravesar un sinnúmero de otras tantas personas que son necesarias para que este último proyecto sea exitoso. Por eso, la conducta ética también se le debe exigir a cada persona de esta red de contención, siendo una responsabilidad colectiva que este proceso transcurra en buenos términos. Del mismo modo, lxs xadres adoptivxs tienen que mirar todo ese recorrido previo al momento de su vinculación para comprender que sin esas vivencias no hubieran podido cumplir ese deseo de ahijar.

Uno de los grandes beneficios de pensar de esta manera la adopción es permitir que no se vea a la familia de tránsito como una competencia para la familia adoptiva, una conducta que es muy habitual e incluso es impulsada por lxs operadores del Estado. La primera es necesaria para evitar institucionalizaciones y ahí está su lugar privilegiado en la red de contención. La experiencia profesional me permite corroborar que la integración en una nueva familia se produce de un mejor modo cuando en esta transición se estuvo viviendo en familia y esto debería ser reconocido y apreciado por las familias adoptivas, como parte del derecho a respetar los orígenes de su hijx.

Es largo el recorrido que queda para mejorar las vidas de muchxs niñxs y adolescentes de nuestro país y, para aproximarnos a la satisfacción de sus derechos, será un elemento significativo cada granito de arena que aportemos cada miembro de la sociedad.

(28) Es frecuente que al avanzar el proceso de adopción y estar en condiciones de dictarse la sentencia aún no se hubieran iniciado los contactos con algún/a miembro significativo de la familia de origen, debido a que en ese tiempo se trabaja la integración y por momento esto requiere tiempo y privacidad.

FAMILIA

Doctrina

La alienación parental como grave disfunción familiar

Mauricio Luis Mizrahi (*)

Sumario: I. Aproximación al concepto de alienación parental. Dimensión. Los requisitos para su configuración.— II. Cambio significativo en la conducta del hijo.— III. La falta de comisión por el progenitor excluido de actos u omisiones severas que resulten reprochables.— IV. Influencia negativa determinante del otro progenitor. Hechizo, colonización, captación y programación del niño. Implante de memoria y complejidad del fenómeno.— V. La coparentalidad en la Argentina. La mujer y el hombre como figuras alienantes u obstaculizadoras del vínculo del hijo con el otro progenitor.— VI. La terminología. Antecedentes psicoanalíticos. El llamado "síndrome". Nuestra adhesión a la denominación "alienación parental".— VII. El desamparo del lactante y el nacimiento alienado al cuerpo del otro. La alienación parental actualiza sus tiempos primarios.— VIII. Voces críticas contra la alienación parental.— IX. Reflexiones sobre las críticas a la alienación parental.— X. Primera réplica: inexactitud de atribuir a la alienación parental la finalidad de encubrir los actos de abuso y maltrato de niños.— XI. Segunda réplica: inexactitud en sostener que la alienación parental es discriminatoria contra las mujeres.— XII. Tercera réplica: la alienación parental se sustenta en estudios que demuestran su evidencia empírica.— XIII. Cuarta réplica: la construcción de la alienación parental respeta la palabra genuina de los niños.— XIV. Quinta réplica: la terapia como mandato judicial y la derivación a los ámbitos terapéuticos como alternativa válida en los casos de alienación parental.— XV. Teoría de la alienación parental. La figura de Richard Gardner. Críticas y réplicas.— XVI. Precedentes jurisprudenciales que detectaron la alienación parental. Labor judicial activa para desarticular dicha disfunción familiar.— XVII. Cuestionamiento a la actitud pasiva de la justicia en casos de alienación parental.

I. Aproximación al concepto de alienación parental. Dimensión. Los requisitos para su configuración

La alienación parental, debe advertirse antes que todo, no es solo una mera construcción teórica, de biblioteca, sino que —por el contrario— se basa en hechos observados y comprobados empíricamente por quienes hemos ejercido la magistratura y también a través de los estudios clínicos de numerosos casos estudiados por destacados profesionales en el ámbito de la interdisciplina (ver el punto XII) **(1)**. No obstante, cabe reconocer que en este tema se mezclan cuestiones ideológicas, por lo que —lamentablemente— en los análisis interviene mucho la subjetividad, las expresiones panfletarias y los

(*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales, UBA. Exjuez de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil. Profesor titular consulto de Derecho de Familia y Sucesiones de la UBA. Profesor de maestría en la Universidad de Palermo. En 2016 recibió el Primer Premio de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales por la publicación de su obra "Responsabilidad parental".

(1) Remitimos a MIZRAHI, Mauricio Luis, "La comprobación judicial de la alienación parental como patología social", en "Juntas somos más", Revista de la Asociación de mujeres jueces de la Argentina, agosto de 2016, p. 18.

fanatismos irresponsables (ver puntos VIII a XIV); a la inversa de lo que debiera primar, que son las *investigaciones serias y mesuradas*.

Podemos decir que se presenta la alienación parental **(2)** (sobre la denominación, ver el punto VI) —generalmente observable en un contexto judicial o en consultorios terapéuticos— cuando un hijo rechaza sin razones justificadas a uno de los progenitores como consecuencia de acciones de descalificación, abiertas o encubiertas, promovidas por el otro, de mala o buena fe, destinadas precisamente a lograr ese rechazo. El progenitor alienante, y por eso es tal, se embarca en un emprendimiento o cruzada, consciente o inconsciente, con la fina-

(2) Sobre el tema que abordamos en el texto, ver DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "S.A.P. de Madre. Cuando la madre es excluida en el Síndrome de alienación parental (S.A.P.)", Revista Digital Lusobrasileira, enero-marzo 2016; 8ª ed., mismo autor, "Ni uno más...reflexiones psicológicas sobre el proceso judicial de familia ante sospechas de Alienación parental", Cuaderno Jurídico Familia, nro. 69, febrero de 2016; PORTILLO, Claudia E., "Violencia institucional y aplicación del llamado Síndrome de Alienación Parental", RDF 86, 145, Cita Online AR/DOC/572/2018; Presentación de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, "Alienación Parental", p. 7, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/ 2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Convivencia paterno-materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 18/19, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; RODRÍGUEZ QUINTERO, Lucía, "Alienación parental y derechos humanos en el marco jurídico nacional. Algunas consideraciones", Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 53/54, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; CASILLAS MACEDO, Héctor Samuel, "Realidad y riesgos de la alienación parental de los menores de edad en la Administración de Justicia en materia familiar", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 95, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; RUÍZ CARBONELL, Ricardo, "La llamada alienación parental: la experiencia en España", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 133, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/ 2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; LAMADRID, Miguel Ángel, "Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 189/190, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; SUÁREZ CASTILLO, David, "La intervención del Ministerio Público en Juzgados Familiares ante la Alienación Parental", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 222/223, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; GIL RIVERA, Angélica, "Acciones del sistema nacional DIF para prevenir la Alienación Parental: crianza humanizada y parentalidad bientratante", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 269, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; SALLARD LÓPEZ, Silvia, "Mediación asociativa frente a la Alienación Parental", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 300/301, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP", Ed. Almuzara, Madrid, 2017, ps. 15, 20, 30, 39, 218, 234 y 299; TORREALBA JENKINS, Alfredo Emilio, "El Síndrome de Alienación Parental en la legislación de familia", tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de graduados, año 2011, ps. 5, 7, 32, 33, 81 y 151; BENSUSSAN, Paul, en primer prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", p. 26, Paidós, Barcelona, 2017; BERTUZZI, Mariarita, segundo prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", p. 31, Paidós, Barcelona, 2017; GARCÍA GARCÍA, Fernando, "En busca del Síndrome de Alienación Parental: manifestaciones en el ordenamiento jurídico español", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", p. 87, Paidós, Barcelona, 2017; AGUILAR CUENCA, José Manuel, "Definición y diagnóstico del SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, p. 158, Paidós, Barcelona, 2017; CARBÓ SANCHÍS, Eric, "El negacionismo del SAP. Un análisis en sus fundamentos", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, ed. Paidós, Barcelona, 2017, ps. 175/176 y 205; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "Cómo intervenir ante las interferencias parentales", p. 221, en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, p. 221, Paidós, Barcelona, 2017; COCA VILA, Arantxa, "Conviviendo con la Alienación Parental", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, p. 284, Paidós, Barcelona, 2017; BRONCHAL CAMBRA, Julio, "La evaluación pericial en el SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 322, 324, 327 y 330; AGUILAR, José Manuel, "Síndrome de Alienación Parental", Ed. Almuzara, Madrid, 2006, p. 61; TEJEDOR HUERTA, Asunción - MOLINA BARTUMEUS, Asunción - VÁZQUEZ ORELLANA, Núria, "Programa de intervención para víctimas de interferencias parentales", Ed. Eos, Madrid, 2013, ps. 48/50.

lidad de eliminar la presencia afectiva, psicológica y física de ese otro progenitor en la vida del niño; para lo cual se utilizan diversas estrategias con distinto alcance. La manipulación del hijo por uno de sus padres no es desconocida; a tal punto que motivó que se tuviera en cuenta por la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, intérprete cabal de la Convención que lo involucra (ver el punto XIII) **(3)**.

Se suele sostener que los requisitos para que podamos hablar de esta figura son tres: el cambio significativo en la conducta del hijo; la falta de comisión por el progenitor excluido de actos u omisiones severas; y la influencia negativa determinante del otro progenitor. A ellos nos vamos a referir.

II. Cambio significativo en la conducta del hijo

El primer requisito que la doctrina suele postular es que, antes de acontecer la resistencia del niño a conectarse con su padre o madre, haya existido una relación más o menos normal entre el progenitor y el hijo. Quiere decir, para dar un ejemplo, que no habría alienación parental si nunca se ha verificado un contacto mínimamente adecuado entre ellos. Entonces, hay acuerdo en que sería necesario que se produzca un *cambio* en la actitud de ese niño con relación al progenitor en cuestión.

Si bien coincidimos, como lineamiento general, con el aserto arriba indicado, no podemos dejar de señalar que la realidad nos puede exhibir circunstancias atípicas en las que tal vez no se halle presente el requisito que analizamos; y, sin embargo, nos encontremos igual ante un caso al menos asimilable a la alienación parental. En efecto, imaginemos una relación informal entre una mujer y un hombre. La primera queda embarazada y da a luz un hijo, manteniéndose el progenitor alejado y sin contacto. Bastante tiempo después —el niño ya alcanzó digamos los cinco años— dicho padre reconoce al hijo, pretende acercarse a él e, incluso, aspira a poder ejercer la función parental. Asume toda su responsabilidad y la culpa por lo sucedido, da signos de claro arrepentimiento, quiere reparar, le deposita sumas considerables por alimentos, les ofrece una mejor vivienda, etcétera.

Dada la situación arriba imaginada, podría ser que la progenitora —tal vez muy herida y con profundos rencores— rechaza por completo al otro y a partir de allí comienza a desplegar una campaña de denigración contra él; pero no por su conducta abandónica anterior sino por su actuación presente, acusándolo de aventurero, afirmando que su acercamiento no es sincero y que su objetivo es causarle daño al niño; todo ello sin tener ningún elemento serio que demuestre la veracidad de esos dichos (más allá del antecedente de su alejamiento anterior). Pero, reiteramos, son casos muy particulares que no invalida en general el requisito que mencionamos.

III. La falta de comisión por el progenitor excluido de actos u omisiones severas que resulten reprochables

Esta segunda condición resulta fundamental. No podemos hablar de alienación parental, de ninguna manera, si el rechazo del hijo hacia el progenitor se debe a la violencia ejercida por este, a actos de abuso sexual, maltratos de cualquier índole, negligencias graves, etcétera. Diríamos que hay una *total incompatibilidad* entre tales actos y la posibilidad de que se diagnostique una alienación parental. Tampoco se dará el apuntado cuadro si la resistencia del niño a estar con el progenitor tiene su origen en actitudes severas de abandono de este padre.

En suma, si los vínculos se deterioraron por la acción u omisión del progenitor excluido, la conducta de rechazo del hijo pasa a ser *justificada* y no tendrá lugar la alienación parental.

Desde luego, el abandono que ejecuta el progenitor es causal suficiente para el rechazo por parte del hijo; pero entendemos que debería-

(3) El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas es el órgano de vigilancia, seguimiento e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Está compuesto por expertos independientes y supervisa la aplicación de la mencionada Convención por los Estados parte. Emite observaciones generales con el fin de facilitar la ejecución del tratado. En nuestro país, la relevancia del apuntado Comité se debe en particular a que ha sido considerado por la Corte Suprema de Justicia como un intérprete autorizado de la Convención (CSJN, 21/05/2013, LA LEY, 2013-F, 20; íd., 27/11/2012, RDF 2013-II-1; íd., 01/08/2013, LA LEY, 2013-E, 335).

mos a dejar a salvo alguna situación especial que podría darse en la ejemplificación que dimos en el apart. 1 del presente punto; esto es, un padre arrepentido, que quiere sinceramente rectificarse, ejercer la función parental y se enfrenta con la otra progenitora que desata una guerra contra él. Aquí debemos dejar marcado la clara diferencia entre una *conducta de omisión*, como sería el supuesto del abandono que arriba tratamos, de las acciones de maltrato, violencia y abuso. Es que en estos últimos eventos es muchísimo más difícil de aceptar un eventual arrepentimiento e intento de rectificación.

IV. Influencia negativa determinante del otro progenitor. Hechizo, colonización, captación y programación del niño. Implante de memoria y complejidad del fenómeno

La intervención activa de uno de los progenitores llevada a cabo para obstaculizar la relación del hijo con el otro (que eventualmente la puede desempeñar un tercero, como un abuelo), logrando la finalidad buscada, es la tercera condición que resulta crucial. Ello significa que jamás podríamos hablar de alienación parental si no media el accionar de un progenitor (o quien haga sus veces) decidido a impedir el contacto del hijo con el otro y, de esa manera, obtiene anular la voluntad propia del niño.

Más allá de los tres requisitos arriba mencionados, diremos que si se da el cuadro de alienación parental —al menos en su fase grave— el hijo se hallará totalmente *manipulado, seducido, captado y colonizado afectivamente*. De ese modo, transformada su conciencia, se convertirá en un vocero y portavoz del progenitor excluyente. No obstante, como antes lo insinuamos, la manipulación del padre o madre puede ser consciente o inconsciente, de buena o mala fe, pues muchos pueden obrar convencidos del valor positivo de su emprendimiento, por entender —verbigracia— que el otro es un personaje dañino que lo obliga a apartarlo de su hijo, en aras de su protección.

Ahora bien, es un error considerar a la alienación parental como un trastorno individual del niño que deba ser incluido en el campo de la psiquiatría, tal como lo consideraba Richard Gardner. De manera bien diferente, se trata de un *proceso relacional*, una severa *disfunción familiar y vincular* donde se alteran las conductas parentales y que —como mínimo— afecta por lo común a tres miembros de la familia: el progenitor excluyente, el niño y el progenitor excluido; pero donde la principal víctima es el hijo. Precisamente, de los cuatro significados de la *triangulación* en el derecho de familia, la alienación parental es la única que tiene una perspectiva negativa; y por eso acontecerá aquí lo que se denomina una *triangulación maligna* **(4)**. Es que se ha de operar una alianza intergeneracional entre dos —padre o madre e hijo— para atacar al otro progenitor.

Con la alienación parental, pues, el hijo es objeto de una instrumentación perversa y aparecerá incluido en la controversia de la pareja, haciendo suyo el conflicto entre sus padres. La labor de exclusión culmina, cuando dicha alienación parental es grave, en un *vaciamiento del linaje* del niño, que vendrá a detener su desarrollo y anular la autonomía progresiva impulsada por la ley (art. 639, inc. b, del Cód. Civ. y Com.). De esta forma, ha de cesar su proceso de individuación, quedando minada la base de la personalidad del niño al quedar convertido en un ser programado para atacar a su progenitor.

Continuando con la precisión del cuadro de alienación parental, agregaremos que con ella se generará en el hijo una distorsión cognitiva y quedará *hechizado* y paralizado psicológicamente. Por eso en estos casos acontece un claro *abuso* del progenitor alienante en el ejercicio de la función parental, ya que el niño estará instalado en una dependencia estructural exagerada y patológica con él, quedando a su merced. Sin el menor asomo de duda, con el fenómeno que analizamos el niño sufrirá un daño en su estructura yoica y en su identidad. Es que se le introducen ideas que responden a los objetivos del progenitor manipulador u obstructor. En tales circunstancias, el hijo menor de edad se convertirá en un "pequeño adulto" (una *parentalización*) que desplegará hacia el progenitor obstruido —como emisario del otro padre— una batería de odio, rencor, desprecio, rechazo y resentimiento.

(4) Remitimos a MIZRAHI, Mauricio Luis, "La triangulación en el derecho de familia y la alienación parental", LA LEY, 03/09/2021, p. 1, Cita Online AR/DOC/2503/2021.

Antes dijimos que el niño alienado sufrirá los efectos del *hechizo*, que se caracteriza por la influencia que uno de los progenitores ejercerá sobre el hijo —sin que este lo sepa—, el que ingresará en un *estado de trance*. Se ha de producir una *captación* en tanto el niño quedará "atrapado", con muy escasas posibilidades de resistirse. Tendrá lugar, por acción del progenitor, una *colonización* del espíritu del niño, quien sufrirá una suerte de invasión de su territorio, lo que importará una negación de su existencia y de su deseo. Con tal estado de cosas, la diferenciación entre progenitor alienante y niño alienado se volverá *incierta*, esfumándose las fronteras interindividuales.

Claro está que el niño ha de tener una imagen *ilusoria* de su progenitor manipulador, porque la naturaleza misma de la relación alterará sus funciones cognitivas y críticas. El hijo, por lo tanto, será víctima de una *programación*, y así permanecerá *amaestrado y cautivo*. Es que ha de recibir una serie de instrucciones en su cerebro para que quede inducido a comportamientos predefinidos; de manera de que se active ulteriormente conductas adecuadas a una situación o libreto previstos. Tal programación del hijo, por ende, ha de constituir el *acabado del hechizo* **(5)**.

Merece destacarse que, en los procesos de alienación parental, el *implante de memoria* ha de jugar un rol significativo; pues no se descarta que se opere en el niño una *falsificación de la memoria* y, con ella, una confusión entre lo vivido, lo escuchado e imaginado **(6)**. O sea, es probable que en estos casos el progenitor manipulador le haga creer a su hijo ciertas vivencias que en la realidad no ocurrieron y que el niño las expresará como si las hubiera experimentado **(7)**; hablando y actuando como si fuera el mismo padre impedidor. En verdad, el hijo —envuelto en esa disfunción familiar— padecerá una falta de reconocimiento de uno mismo; y la construcción de aquella falsa memoria se sustentaría en la *negación*, que articulará como un mecanismo de defensa. Ese niño, así, no reconocerá lo que suceda en su mundo interno ya que le resultará demasiado doloroso y amenazante; por lo que todos los males quedarán atribuidos al progenitor impedido.

La alienación parental tiene una naturaleza compleja, ya que los distintos casos pueden diferir entre sí y tener sus características y matices; sin perjuicio de que puedan observarse patrones comunes de conducta. Es que debe tenerse en cuenta que algunos niños son más resistentes que otros al control del pensamiento y la manipulación. Es decir, se presentan factores de nivel individual que pueden mediar en la eficacia de las estrategias de exclusión pergeñadas

(5) Ver PERRONE, Reynaldo - NANNINI, Martini, "Violencia y abusos sexuales en la familia", Paidós, Buenos Aires, 1997, ps. 119, 124 a 125 y 132 a 135.

(6) Ver HERSCOVICI, Pedro, "Falsa memoria", en "De Familias y Terapia", Rev. del Instituto chileno de Terapia Familiar, año 23, nro. 37, diciembre 2014, ps. 55/69; MIZRAHI, Mauricio Luis, "La alienación parental y su relación con el abuso sexual y la violencia doméstica", DFyP, 2017 (abril), 3.

(7) El implante de memoria en los niños también ha sido descripto por la literatura, madre de todos los saberes. En efecto, Anatole France, que recibió el premio Nobel de Literatura en 1921, ha escrito el cuento "El Señor Thomas". Nos dice el narrador que conoció a Thomas de Maulan, un juez austero que pertenecía a la pequeña nobleza provinciana y que tenía principios "que él podía creer inamovibles, al no haberlos removido jamás"; y agrega "yo le descubrí grandes cualidades morales", aunque también percibió "que su misma integridad y la idea que se hacía del deber, lo convertían en inhumano y, en ocasiones, le quitaban toda clarividencia". Como instructor de numerosos procesos, al Sr. Thomas le tocó el de un maestro. Dado los conflictos en esa época entre la enseñanza laica y religiosa, un periódico clerical de la región acusó a un maestro laico de haber sentado a un niño sobre una estufa encendida; y es así como le tocó intervenir al juez Thomas. Continúa diciéndonos el narrador que dicho magistrado instruyó el proceso "con un cuidado meticuloso y con infinito esfuerzo". Interrogó a 30 niños de la escuela —donde supuestamente habría ocurrido el hecho—y esos alumnos dijeron "no haber visto nada". Pero el juez insiste con sus interrogatorios durante todo un mes y sucedió lo siguiente: al cabo de ese tiempo todos terminaron declarando lo mismo. Exactamente con las mismas palabras los 30 alumnos dijeron "que su pequeño compañero había sido sentado, con el trasero desnudo, sobre la estufa candente". Arribada a esta situación, "el Señor Thomas se felicitaba de tan hermoso triunfo". Pero aconteció un hecho que no se esperaba: el maestro demostró, con pruebas irrefutables, que no había habido jamás estufa en la escuela. Concluye el narrador que, ante esa acreditación, "el Sr. Thomas sospechó entonces levemente que los niños mentían. Pero de lo que no se percató en absoluto es de que él personalmente, sin querer, les había dictado y enseñado de memoria su testimonio".

por el padre obstaculizador. Los estudios realizados demostraron que influyen decididamente el nivel cognitivo del niño, la madurez emocional, el alcance de su autoestima, su grado de desarrollo; todo lo cual hará a la mayor o menor susceptibilidad de la influencia del progenitor.

En el orden de ideas indicado, se ha comprobado que es más difícil comenzar con un proceso de alienación en la *adolescencia*. Sucede que en esta etapa los jóvenes están más preparados para soportar la presión de un progenitor pues por lo general se verifican límites más definidos entre uno y otro. También dificultará la consolidación de este negativo proceso cuando existe un fuerte vínculo afectivo del niño con el padre o madre que se pretende obstruir. Puede suceder, en consecuencia, que esa fuerza afectiva de la relación actúe como amortiguador o antídoto que *limite* la acción de conculcación del padre excluyente. Es por tal motivo que, dada la cantidad de variantes, resulta posible hablar de *grados* de alienación parental; calificándola como leve o suave, moderada o intermedia, y grave o severa.

Corresponde aclarar que cuando estamos ante el proceso que estamos analizando, los sentimientos y creencias que expresa el niño —para rechazar al progenitor— lejos están de ser razonables; vale decir que su conducta de resistencia a relacionarse con dicho padre no guarda ninguna proporcionalidad con las experiencias reales vividas por él. La gravedad es mayúscula y estará en peligro la salud afectiva y psicológica del niño; en particular por tener una errónea creencia de que ese progenitor es una persona peligrosa, indigna y despreciable; esto es, que tendrá una imagen de tal padre que es falsa e inventada. Sin hesitación, en esas situaciones el hijo estará afectado en su adecuado desarrollo y sus derechos fundamentales quedarán violentados.

Finalmente, haremos dos precisiones. La primera —alguna anticipación ya hemos realizado— se refiere a que no obstante que lo regular en el fenómeno de la alienación parental es que el conflicto se desate entre dos progenitores (un padre excluyente, el otro el excluido), no se descarta que este proceso pueda acontecer en un marco donde las acciones manipuladoras provienen de abuelos u otros parientes —como un hermano mayor— que, en el caso, ejerzan una función parental y tengan en la familia un lugar de autoridad. La segunda precisión es que no constituye un requisito ineludible, para que se verifique la alienación parental, que el padre y la madre se encuentren separados y envueltos en trámites judiciales. Aun conviviendo en un mismo grupo familiar, puede darse el caso de un progenitor obstruido, sin posibilidad de tener intervención en las actividades familiares, por la acción del otro; e incluso por el desempeño manipulador de un familiar distinto, como un abuelo, que convive con ellos.

V. La coparentalidad en la Argentina. La mujer y el hombre como figuras alienantes u obstaculizadoras del vínculo del hijo con el otro progenitor

Al menos hasta 1990 el cuidado personal de los hijos (antes llamado "tenencia") tradicionalmente se atribuyó a la *madre*, cuando los progenitores se separaban. El padre, por lo común, era un personaje *periférico*, sin un contacto estrecho con el hijo. Tal situación favoreció a que, en los hechos, en los casos de alienación parental que se presentaban, quien aparecía como progenitora manipuladora o excluyente era la madre. Este estado de cosas hizo que algunas voces sostuvieran que el fenómeno de la alienación parental era una construcción para atacar a la mujer, la madre (ver el punto XI).

Empero, las cosas sufrieron un proceso de cambio, un vuelco, que hoy lo podemos considerar sustancial. Digamos que en la cuestión se operó una profunda transformación con la sanción del Cód. Civ. y Com.; aunque el verdadero inicio de este proceso de cambio se produce con el advenimiento de la *coparentalidad* en la Argentina. Este fenómeno interesante exhibe sus primeras aristas en 1990, que es cuando adquiere efectiva vigencia en nuestro país la Convención sobre los Derechos del Niño. Recordemos en particular su 18.1., el cual establece que "[l]os Estados Partes pondrán el máximo de empeño en garantizar el reconocimiento del principio de que ambos padres tienen obligaciones comunes en lo que respecta a la crianza y el desarrollo del niño"; criterio que se ratifica en los arts. 3°, 5°, 9° y 14, entre otros, del mismo instrumento internacional.

El tránsito hacia la coparentalidad tiene un decidido paso adelante con la sanción en 2005 de la ley 26.061, de los derechos del niño. Allí, su art. 7°, segundo párr., prescribe: "El padre y la madre tienen responsabilidades y obligaciones comunes e iguales en lo que respecta al cuidado, desarrollo y educación integral de los hijos".

A raíz de tales prescripciones convencionales y legales se tendió en los trámites judiciales —cuando se quebraba la unidad de la pareja que tenía hijos comunes— a que la coparentalidad se hiciera realidad. De esta manera, en las decisiones de los tribunales o en los convenios que celebraban los progenitores, se determinaba —en los hechos, y no según el texto de la ley— una suerte de *cuidados compartidos de los hijos.* Por ejemplo, si bien continuó siendo bastante habitual que la madre tuviera el niño a su cuidado la mayoría de los días, se solía determinar por lo regular que no menos de dos días a la semana el hijo pernoctaba con el padre y, además, los fines de semana se repartían entre los progenitores (verbigracia, un fin de semana con cada padre, o el día sábado con uno y el domingo con otro). Y lo mismo sucedía con las vacaciones de verano; así en enero el hijo se quedaba con la madre y febrero con el padre. Nuestra experiencia personal de más de medio siglo —en el ejercicio de la profesión y en la magistratura— ratifica la evolución operada en este sentido.

Pero es importante destacar que, hasta la sanción del Cód. Civ. y Com., al contenido de esos acuerdos o resoluciones judiciales— a las que recién hicimos alusión— no se lo calificaba como que se tratara de cuidados compartidos de los hijos. Es que al progenitor que los tenía más tiempo —la madre en los casos corrientes— se le adjudicaba lo que se llamaba la "tenencia" (con el ejercicio exclusivo de la responsabilidad parental); al par que el otro padre tenía solo un "régimen de visitas."

Con el nuevo panorama que emerge con la sanción del Cód. Civ. y Com., la regla general tuvo un cambio *explícito*; pues lo que se instituyó fue un régimen de *cuidado compartido de los hijos* (art. 650), mientras que al cuidado unilateral pasó a ser excepcional (art. 653, primer párr.). Dos medidas de gran envergadura afianzan la relacionada mutación con la vigencia del Cód. Civ. y Com. Una, la determinación como principio del ejercicio conjunto de la responsabilidad parental, a pesar de que los progenitores se hallen separados (art. 641, inc. *b*). La otra, es que la nueva ley separa y distingue con nitidez el mentado ejercicio de lo que es el cuidado personal de los hijos (art. 648). Estas directivas hacen, conforme a los antecedentes antes narrados, que lo que antes de agosto de 2015 se denominaba "régimen de visitas", hoy se lo califica como *cuidado compartido* de los hijos.

En definitiva, y esto es lo que nos interesa resaltar, en nuestros tiempos la mujer ha dejado de ser la cuidadora principal de los hijos, por lo que el hombre adquirió *igual protagonismo* en el cuidado de ellos. Con esta mutación, pues, al estar una y otro en paridad de condiciones en lo que hace a la responsabilidad parental, cualquiera de los progenitores puede llegar a desempeñar ese penoso papel de padre excluyente del otro; pues los roles hoy día son *indiferenciados.* En concreto, en la actualidad ha perdido total vigencia la concepción de que en la alienación parental mediaba una cuestión de género. Es que tanto el hombre como la mujer pueden ocupar hoy el lugar de progenitor manipulador; y esa es la realidad que nos exhibe el estudio de los casos presentados ante los tribunales (ver el punto XI). Por lo tanto, en síntesis, ya no es posible postular aquella concepción discriminadora que hacía hincapié en una cuestión de índole sexual para cuestionar la alienación parental.

VI. La terminología. Antecedentes psicoanalíticos. El llamado "síndrome". Nuestra adhesión a la denominación "alienación parental"

El proceso y la figura que estamos analizando necesariamente debe tener un nombre. Sin embargo, la sensibilidad es tan honda en este punto que hasta hay temor de designar a la comentada disfunción familiar con su verdadera denominación. Que lo posea no es un tema menor pues cuando se presenta en la realidad tiene indudables efectos malignos y, por lo tanto, distinguirla es el primer paso que debemos dar para su debida contención.

Por otro lado, dar un nombre contribuye a reconocer que la experiencia llevada a cabo en los numerosos trabajos de campo es *real*; vale decir, que *existe en el mundo como una entidad es-*

pecífica **(8)**. En este sentido, entendemos que constituye un error lo que a menudo puede observarse en los fallos judiciales y en los dictámenes de los expertos cuando, al hacer referencia a una familia, describen con claridad la presencia del fenómeno, pero por alguna razón no se atreven a denominarlo como lo que es; y lo mismo a veces se comprueba en los diversos trabajos publicados **(9)**.

Acudir al subterfugio que mencionamos —reconocer la alienación parental, pero sin nombrarla— tampoco es de utilidad para los jueces, peritos y autores que acuden a esta estrategia e, incluso, es negativo para ellos y contribuye, sin quererlo, a la desacreditación del fenómeno y no se compadece con la envergadura que tiene este problema familiar **(10)**. Se comprobará que estos magistrados, expertos y analistas igual son blanco de críticas no menos feroces por los que niegan tal proceso maligno (ver el punto VIII), pues se los acusa de que describen la alienación parental en forma *camuflada*; que la pretenden *resucitar* en forma encubierta; en suma, que la aplican y no la nombran para evitar quejas sobre su admisibilidad, con lo que se arroja un manto de duda sobre la honestidad intelectual del dictamen o trabajo doctrinario **(11)**. Las disfunciones y falencias que acontecen en la dinámica familiar, entonces, deben ser *nombradas*; más allá de que se cuestione la denominación que se ha impuesto y se propongan otras.

Así las cosas, al primero que se reconoce haber sistematizado la asentada anormalidad familiar es Richard Gardner (ver el punto XV), quien la caracterizó con las palabras *Síndrome de Alienación Parental*, traducción del inglés de *Parental Alienation Syndrome* **(12)**.

Es muy probable que el citado psiquiatra estadounidense tomara esas expresiones del psicoanálisis que, en su época, ya estaba en pleno desarrollo; debiéndose advertir que por ese entonces la madre cumplía la función de cuidadora unilateral del hijo, no habiéndose producido todavía el proceso de la coparentalidad (ver el punto XI).

Ahora bien, se podrá comprobar que ya Lacan, casi veinte años antes a los trabajos de Gardner, hacía alusión a que, cuando predomina la subjetividad de la madre, el niño está involucrado como correlativo del fantasma materno. Agregaba que "la falta de mediación paterna deja abierto al niño a las capturas fantasmáticas; a alienar al niño en el discurso y goce materno". Según los estudios realizados entonces por el psicoanálisis, se precisaba que "el niño alienado, capturado en el fantasma materno realiza el objeto del fantasma materno, con las consecuencias subjetivas que ello implica".

El mencionado psicoanalista hacía además referencia a "la subjetivad de la madre, que toma al niño como objeto, lo rechaza como sujeto y en su filiación paterna". Con tal lineamiento se agregó que, en esas circunstancias, acontecía una obstrucción e impedimento del lazo con el padre o quien encarna esa función y con toda la familia paterna **(13)**. Véase enton-

---

(8) Ver BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP", Ed. Almuzara, Madrid, 2017, p. 233.

(9) Lo indicado en el texto no es total. Cabe destacar, como ejemplos, dos pronunciamientos judiciales en los cuales directa y expresamente se hace referencia a la "alienación parental". Ellos son: CNCiv., sala J, "E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos", 01/12/2021, Expte. N° 57426/2011, elDial.com - AAC8E8; Juzg. Familia N° 6, San Isidro, "I. M. M. c. L. L. D. s/ medidas precautorias", expte. N° SI-37339-2019.

(10) Una autora que, verbigracia, describe la alienación parental sin nombrarla es CRESCINI, Silvia, "¿Es posible el trabajo en interfase psicosociojurídica desde la consulta técnica de parte?", RDF 86, 15, Cita Online AP/DOC/590/2018.

(11) Respecto a los que denuncian el proceder de explicar el proceso de alienación parental sin nombrarlo, puede verse a BERLINERBLAU, Virginia, "El falso síndrome de alienación parental en denuncias de ASI e incesto paterno filial: entre la mala praxis y el falso testimonio", Revista "Juntas somos más" de la Asociación de mujeres jueces de Argentina, agosto 2016, p. 14; PORTILLO, Claudia E., "Violencia institucional y aplicación del llamado síndrome de alienación parental", RDF 86, 145, Cita Online AP/DOC/572/2018; BAREA PAYUETA, Consuelo, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, p. 115.

(12) Ver GARDNER, Richard, "The Parental Alienation Syndrome: The Differentiation Between Fabricated and Genuine Child Sex Abuse", Cresskill, Creative Therapeutics, New Jersey, 1987.

(13) Ver LACAN, Jacques, "Intervenciones y textos", Ed. Manantial, Buenos Aires, 1988, nro. 2, p. 55 y ss.;

ces cómo Lacan, uno de los grandes constructores del psicoanálisis (precedido por la genial elaboración de Freud), seguramente ejerció una gran influencia en Gardner para que este incluyera la palabra "alienación" en la descripción del fenómeno.

Si dejamos de lado esos antecedentes que nos brinda el psicoanálisis, lo cierto es que fue Richard Gardner quien desarrolló en toda su integridad la teoría de la alienación parental. Y sobre la cuestión cabe preguntarse si es correcto utilizar la palabra "síndrome", como lo hace el citado autor. Aunque reconocemos que el punto ha sido materia de discusión entre los autores, para nosotros la respuesta tiene que ser negativa. Es que esa expresión más bien hace referencia a otras situaciones y, en consecuencia, tiene un sentido *equívoco*; por lo cual se favorece a quienes postulan que esta construcción es inconsistente e inválida.

Efectivamente, cualesquiera hayan sido las razones por las cuales Gardner haya acudido a la expresión "síndrome", creemos que no la debemos emplear para caracterizar a la temática que analizamos. Resulta que, más allá del mérito de este autor en detectar correctamente el problema, aquella palabra nos remite a entornos de atención médica y psiquiátrica, en el sentido de enfermedad de un sujeto; es decir, afecciones que atañen a dolencias de una persona individual. Seguramente, pudo haber influido en su utilización la circunstancia de que Gardner era un psiquiatra que operaba en términos de *psicología individual.*

Sin embargo, sucede que la alienación parental (según ya lo dijimos en el punto IV) apunta a cuestiones *distintas*, pues se refiere a los vínculos de la madre o del padre con sus hijos. Por ende, constituye una *disfunción familiar relacional y vincular*, que involucra a más de una persona; y por eso decimos que se asocia fundamentalmente a una *relación* que se halla perturbada por un contexto de crisis de la organización familiar **(14)**. Es que en este ámbito juega más la psicología *relacional (*no la individual) que toma al sistema familiar como una *unidad.* Para decirlo de un modo más directo, estimamos que no incumbe propiamente a un médico o psiquiatra, que ejerce la profesión como tal en términos tradicionales, el estudio y análisis de esta disfunción. De manera distinta, somos de la opinión que su diagnóstico y tratamiento es el campo propio de los *expertos en los sistemas que operan dentro de las familias*; quiere decir, los que en el lenguaje corriente se denominan *terapeutas de familia.*

En consecuencia, apartándonos del término "síndrome", manifestamos nuestra adhesión a la denominación *alienación parental* que —sin dubitación— nos parece, como enseguida veremos, que es muy descriptiva del asunto que abordamos y tiene asimismo la virtud de que respeta los antecedentes que nos vienen de los estudios psicoanalíticos. Por tal motivo, creemos que esas expresiones son las que deberíamos utilizar para identificar esta anomalía que se presenta en el funcionamiento familiar.

GOLDEMBERG, Mario, "Elogio de la nota sobre el niño", Dossier publicado en la "Revista Virtualia", Buenos Aires, octubre de 2019.

(14) Ver, en el sentido indicado en el texto, las declaraciones del Comité Asesor Médico y Científico (MSAC) de la Organización Mundial de la Salud del 04/09/2019 y 27/02/2020. Ver, también, BENSUSSAN, Paul, en primer prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", Paidós, Barcelona, 2017, p. 21; DÍAZ USANDIVARAS, "El Síndrome de Alienación Parental (SAP): una forma sutil de violencia después de la separación o el divorcio", RDF 2003-24, 127; Presentación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, "Alienación Parental, Presentación", p. 7, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; SALLARD LÓPEZ, Silvia, "Mediación asociativa frente a la Alienación Parental", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 300, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP", Ed. Almuzara, Madrid, 2017, p. 30; PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2008, ps. 95 y 105; BERTUZZI, Mariarita, segundo prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", Paidós, Barcelona, 2017, p. 31; AGUILAR CUENCA, José Manuel, "Definición y diagnóstico del SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 158; TEJEDOR HUERTA, Asunción, "Cómo intervenir ante las interferencias parentales", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 221.

No desconocemos que existen otras palabras que se han pretendido imponer en sustitución, las cuales no las estimamos equivocadas, pero sí *insuficientes*; entre ellas dicciones como influencia parental negativa, interferencia parental, manipulación, colonización, inducción perniciosa, captación, apropiación, programación, perturbación, inculcación, secuestro, obstrucción, exclusión, extrañamiento, distanciamiento, alejamiento, obstaculización, etcétera. Tal vez la relación sea de género a especie, ya que la alienación parental —una especie— alude a un distanciamiento, alejamiento o extrañamiento con determinadas connotaciones específicas que la distinguen de otras situaciones integrantes del género.

Por los motivos indicados, estimamos que ninguna de aquellas expresiones tiene la *completitud* que nos exhiben los términos *alienación parental*. No pensamos que sea un reparo —sino más bien una ventaja, como ahora se verá— que la palabra *alienación* tenga significados diversos; que por otra parte es habitual en nuestra lengua. Por supuesto que, con ese término, no estamos designando ni haciendo mención de un loco, a un demente que padece una psicosis; figuras ajenas a nuestro análisis.

En cambio, con la denominación alienación parental hacemos alusión a *dos estados* —según el significado de nuestra lengua— que tienen lugar cuando esta disfunción familiar acontece. Podremos observar que, por un lado, el niño —usurpado por uno de sus padres— se convertirá en un *alienado*, pues sufrirá una limitación o condicionamiento de su personalidad, padecerá de un estado caracterizado por una pérdida del sentimiento de la propia identidad al operarse un proceso de *transformación de su consciencia* (uno de los significados de alienación según nuestra lengua); y todo ello por obra del progenitor manipulador y excluyente.

Asimismo, por otro lado, el padre excluido es también un *alienado*, en tanto recaerá sobre él un *extrañamiento*; y aquí tendremos el otro significado de alienación a la luz del Diccionario. Es que será un *enajenado* en la medida que queda *desposeído, privado y apartado del trato que tenía con su hijo* (ver el punto I). Por último, el padre obstructor tendrá el lamentable rol de *alienante* en los *dos sentidos* (es decir, en los dos significados mencionados); ya que será un *alienante* respecto del niño que estará afectado en su identidad y consciencia (primer sentido de alienación). Pero también se constituirá en un alienante en relación con el otro progenitor, que quedará *excluido* —por acción de aquel— de vincularse con su hijo (segundo sentido de alienación).

Existe además otra razón de no menor envergadura que justifica esa nomenclatura; y ella es de orden *estructural.* Tiene que ver con el advenimiento del ser humano, pues se nace *alienado al cuerpo del Otro* (alienación en el primer sentido; identificación con el otro y falta de individuación). Quizás no ha sido ajeno a Gardner —para dar con esos términos tan acertados—la situación que le ocurre al niño a partir de que viene a este mundo; pero de este asunto nos ocuparemos más en detalle en el punto VII, al que remitimos.

Finalmente, tenemos una tercera explicación que dar del porqué adherimos a la denominación alienación parental. Creemos que constituye, como mínimo, un homenaje que le debemos a Richard Gardner que, no obstante los errores en que pudo haber incurrido, ha sido el primero en utilizar esos términos —más allá de los antecedentes psicoanalíticos arriba mencionados— para describir el fenómeno de manera integral a través de su gran experiencia clínica y numerosas publicaciones que ha realizado (ver el punto XV).

VII. El desamparo del lactante y el nacimiento alienado al cuerpo del otro. La alienación parental actualiza sus tiempos primarios

Señalamos con anterioridad que entendemos como muy acertadas las palabras *alienación parental* para referirnos a las disfunciones familiares que describimos en el punto I. Acontece que, además de las razones expuestas, se verifica, según lo anticipamos, una fundamental explicación; ella es de *orden estructural*, lo que tiene que ver con el desamparo del lactante y su nacimiento *alienado* al cuerpo del Otro. El niño sufrirá una *actualización de los momentos primarios en los que se constituye la subjetividad humana;* ellos se *actualizan* en gran medida (desde luego, no totalmente y con diversos matices y alcances; ver el apartado 4 de este pun-

to), cuando se presenta la alienación parental que analizamos. Avanzaremos más en las especificaciones para fundamentar el mencionado aserto.

VII.1. El vínculo primario madre-bebé

El bebé humano, a diferencia de los animales, requiere para sobrevivir —luego de su nacimiento— de la asistencia de otro ser humano (habitualmente la madre) dada su prematuración psíquica y neurológica. El recién nacido es prematuro e inmaduro fisiológicamente (por ejemplo, no controla la motilidad voluntaria) y también psíquicamente, no puede llevar a cabo acciones eficaces para su supervivencia (no puede alimentarse por sus propios medios). Es de remarcar que este estado de desvalimiento propio del ser humano es lo que lo vuelve dependiente del otro materno o adulto que debe asistirlo. Se llama "desamparo" a ese estado angustioso del lactante, que depende totalmente de otro significativo para satisfacer sus necesidades básicas (hambre y sed, por ejemplo). Este sentimiento de desamparo es el prototipo aún en el adulto de la situación generadora de angustia.

VII.2. La entrada en el lenguaje del niño

Durante los primeros meses de vida y hasta el año y medio, los bebés sufrirían perturbaciones psíquicas y somáticas gravísimas si no los acompaña la voz de otro que les hable, los arrulle **(15)**. René Spitz demostró que la falta de palabras y afecto durante los primeros meses de vida de un bebé producen lo que denominó "hospitalismo", que puede llevar a la muerte, ocasionado no por la insatisfacción de las necesidades básicas sino por la privación de amor, afectos y palabras.

En el nacimiento se produce el pasaje de la danza acuática uterina al baño del lenguaje **(16)**, el ahogo inicial responde a ese cambio brusco que implica el pasaje de un medio a otro. Del agua al aire, de la mudez al decir. Del encuentro del bebé con los modos del decir materno cuando lo asiste y lo cuida, le habla, lo toca y lo mira, se producen marcas corporales en su dimensión de letras, sonidos, olores, y colores asociados; los cuales van constituyendo una memoria que será el basamento propio de su aparato psíquico. Digamos el aparato psíquico de cada uno, según la lengua a la que nace, en qué espacio geográfico y humano se encuentra, el Otro que le tocó en suerte; si fue o no un bebé deseado, qué lugar tiene en la línea de las generaciones, etcétera.

Resulta bueno resaltar que el recién nacido, al comienzo de su vida psíquica, percibe a la madre no como objeto total sino como un *objeto parcial*, el pecho, por ejemplo; podríamos pensar la relación con el seno materno como el modelo paradigmático del vínculo primario. Lo traumático del destete, tiene que ver con que el lactante no distingue al comienzo un exterior de un interior, el seno de su propio cuerpo. En ese sentido, es a partir de los reiterados movimientos de presencia y ausencia materna o adulto que lo asiste, que va a poder discernir los límites entre un cuerpo y otro.

Por la extensa bibliografía psicológica y psicoanalítica respecto de la constitución subjetiva, es posible afirmar que cada niño construye su subjetividad a partir de los mencionados vínculos primordiales. Desde luego, entendiendo por subjetividad su acceso al lenguaje, pero además por la constitución de su propia imagen corporal. Al respecto, repárese que al comienzo el bebé no solo no habla (*infans* significa el que no habla), sino que tampoco distingue su cuerpo del cuerpo del Otro. Hay toda una serie de complejas operaciones que deben producirse en ese intercambio con el Otro que hacen posible las articulaciones entre la imagen, la voz y el cuerpo; y que deben darse en ese tiempo primero para que el bebé pueda constituirse como un sujeto independiente (yo, no-yo). Estas operaciones lógicas tienen lugar en los llamados "tiempos instituyentes" de la subjetividad en la infancia.

Merece aclararse que el término "instituyente" no es privativo del psicoanálisis. Es un término acuñado por el eminente jurista francés Maurice Hauriou, quien aportó al debate entre el derecho objetivo y el subjetivo, proponiendo

(15) Ver LEVIN, Ida, SPITZ y LACAN, en "Autismos", Ed. Letra Viva, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 45.

(16) Ver SALCE, Susana, "Trauma, arte y subjetividad", en SALCE, Susana, Los niños y el fuego, Ed. De los cuatro vientos, Buenos Aires, 2019, p. 108.

la fundación del Estado no como un mero producto contractual sino instituido por un acto que supone el reconocimiento de la instancia inconsciente de la institución **(17)**. No hay institución tangible o intangible que pueda consagrarse sin un acto inaugural.

Ajeno a la producción social, el jurista citado sostiene que lo instituyente es de un orden no consciente. La problemática que acarrea este concepto reconoce en cada disciplina su particularidad. El sujeto jurídico y el sujeto del psicoanálisis son diferentes. Las leyes que emanan del orden jurídico no son las del inconsciente; por lo que mencionar el valor que lo instituyente tiene en el derecho permite situar las diferencias. El psicoanálisis se pregunta por lo primordial, por el origen, por la génesis de un sujeto y por lo que lo pone en marcha; vale decir, lo instituyente del lenguaje, del hecho de que somos seres parlantes. Instituir lo simbólico, en suma, implica que el lenguaje se encarne, tome cuerpo; es la humanización del *infans*.

VII.3. La subjetividad en la infancia y el acceso al lenguaje. El nacimiento alienado al Otro

A partir de las producciones gráficas —los dibujos— los juegos y las ficciones creadas en las sesiones de psicoterapia con niños, es posible advertir —sobre todo a partir de los dibujos— que se nace *alienado al cuerpo del Otro*; alienación que se extiende al lenguaje en tanto es muy común que los niños hablen de sí mismos en *tercera persona*, repitiendo lo que escuchan que se dice de él. Innumerables ejemplos clínicos dan cuenta de este pasaje inevitable por lo que se llama el *discurso del Otro*. En un caso clásico de la psicoanalista francesa Françoise Dolto, investigando el aparente dolor de cabeza de una niña que no tenía causa orgánica, en una entrevista en la que se le preguntó en qué lugar del cuerpo le dolía la cabeza, la niña se señaló la *rodilla*. Finalmente se supo que quien se quejaba en forma recurrente de dolores de cabeza era *su madre;* de manera que la niña *repetía como propio lo que se llama el discurso del Otro*. Esta "alienación" o "identificación con el discurso del Otro" es "normal" en la infancia; precisamente por la circunstancia que hablamos.

La imagen que cada uno tiene de sí mismo debe construirse y este proceso atraviesa por distintos momentos, que son los *tiempos instituyentes.* Se parte de un tiempo primero de *alienación*, en el que no es muy preciso el borde que separa un cuerpo del otro. De hecho, existe lo que se llama el *transitivismo*; por ejemplo, en el que un niño le pega a otro y llora el que pega, porque todavía no se distingue del otro. Hay operaciones que dan cuenta de la construcción de la imagen propia y la del semejante, que ocurren a partir del corte operado con el Otro de la primera dependencia; sea de la madre, padre o adulto que asiste. Por otra parte, el rostro de este adulto es el primer espejo con el que el niño se encuentra y se identifica.

Los seres humanos somos sujetos parlantes, pero no nacemos hablando. El proceso de adquisición del lenguaje, del control de esfínteres, y hasta el desarrollo neurológico, dependen del vínculo con este Otro primordial al que nacemos de alguna manera *alienados* o *enlazados*, y con cuyo discurso *nos identificamos*. Por lo tanto, el desarrollo y el crecimiento del niño consisten en ir pudiendo *separarse de ese otro primordial,* de forma tal que podamos introducirnos en la cultura y constituirnos como *sujetos independientes*.

Corresponde advertir, no obstante, que muchas veces las primeras identificaciones no han podido superarse, perderse; por lo que funcionan como núcleos neuróticos en la adultez que impiden el desarrollo pleno de una persona. De ese modo, y tal como lo ha demostrado la experiencia clínica, en esos casos no se puede salir del sitio establecido por los traumas parentales, de los lugares rígidamente asignados; verbigracia, los supuestos del hijo inteligente y el que no lo es, o quedar ubicado en un lugar desvalorizado respecto de un hermano; etcétera.

VII.4. La alienación parental actualiza los tiempos primarios de la Constitución de la subjetividad humana

Al menos en los casos más severos de alienación parental, no cabe duda de que el hijo sufrirá una *actualización de los momentos primarios en los que se constituye la subjetividad humana*; y lo hará como un mecanismo de defensa incons-

(17) Ver LOURAU, René, "El análisis institucional", Ed. Amorrortu, Buenos Aires, 2007.

ciente al estimarlos lugares más seguros **(18)**. Entonces, tal como sucedió en su infancia (ver los apartados anteriores de este punto), se *alienará al cuerpo de aquel progenitor,* repetirá como propio el discurso de este, se identificará con él. *Consustanciado*, el niño perderá su subjetividad, se convertirá en un mero vocero o portavoz del progenitor manipulador, su voluntad quedará anulada. Su discurso, en verdad, no le pertenecerá; las expectativas, aspiraciones y objetivos perseguidos por ese progenitor han de ser sus propias expectativas, aspiraciones y objetivos; por lo que la distinción entre uno y otro desaparecerá.

Las descripciones realizadas nos persuaden de que son muy correctas, y diríamos insustituibles, las palabras *alienación parental* para identificar al fenómeno que nos ocupa. Asimismo, tienen la importante ventaja que respetan adecuadamente los diversos significados que tiene el vocablo *alienación* en nuestra lengua; son términos que resultan coherentes con los antecedentes que hemos explicitado (ver el punto VI); y también responden a la naturaleza estructural del ser humano. De ahí que pensamos que sería un error lamentable pretender reemplazarlas por otras expresiones.

VIII. Voces críticas contra la alienación parental

Contra la construcción de la alienación parental se han emitido diversas críticas **(19)**. Seguidamente vamos a enumerarlas.

VIII.1. Se sostiene que la alienación parental es una herramienta negativa, pues se la utiliza para neutralizar y tapar los actos de violencia y abuso contra los niños. En consecuencia, se dice que su objetivo es invalidar las denuncias de pedofilia, lograr la impunidad de los victimarios y eludir su responsabilidad criminal; y por tales razones constituye un instrumento para encubrir el maltrato infantil. Se articula también que es una construcción falsa que legitima la violencia sexual contra los hijos porque el fin buscado es desmantelar los relatos de niños abusados sexualmente; colocándolos así en un estado de indefensión. Se agrega que esa elaboración persigue convertir en sospechoso a todo denunciante de maltrato o abuso; de modo que el niño es condenado a ser víctima de la perpetuación de esos hechos aberrantes.

VIII.2. Se afirma que la alienación parental es una ideología sexista, discriminatoria y que representa una forma de violencia contra las mujeres. Consecuentemente, se señala que tiene un sesgo misógino y que está impulsada por el criterio de que desaparezcan las imágenes de

(18) Ver MIZRAHI - HERSCOVICI - DÍAZ USANDIVARAS, "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria", LA LEY, 2019-B, 1002, Cita Online AR/DOC/872/2019.

(19) Los fundamentos en detalle de los que critican la alienación parental puede verse en BERLINERBLAU, Virginia, El falso síndrome de alienación parental en denuncias de ASI e incesto paterno filial: entre la mala praxis y el falso testimonio", Revista "Juntas somos más" de la Asociación de mujeres jueces de Argentina, agosto 2016, p. 14; PORTILLO, Claudia E., "Violencia institucional y aplicación del llamado síndrome de alienación parental", RDF 86, 145, Cita Online AP/DOC/572/2018; CARBONELL, Ricardo Ruiz, "La llamada alienación parental: La experiencia en España", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 133 y 137, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; LAMADRID, Miguel Ángel, "Síndrome de Alienación Parental", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 196, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; MIRANDA, Carlos Reinaldo, "Síndrome de AP: Aportes para la reflexión", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 211, 212, 213, 216, 217 y 218, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; TORREALBA JENKINS, Alfredo Emilio, "El Síndrome de Alienación Parental en la legislación de familia", tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de graduados, 2011, p. 32; PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2008, ps. 93 y 125; CARBÓ SANCHÍS, Eric, "El negacionismo del SAP. Un análisis en sus fundamentos", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 176 a 186; LORENTE ACOSTA, Miguel, prólogo al libro de VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 13 a 16; BAREA PAYUETA, Consuelo, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 23 y ss. y 76 y s..; VACCARO, Sonia, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 19 y ss., y 143 y ss.

buenas madres para convertirlas en victimarias. Se adiciona que es un modo de esconder la violencia masculina, culpabilizar a las mujeres y socavar su credibilidad ante los tribunales. Lo que está en juego pues —según estos desarrollos— es una ideología patriarcal y machista que esconde una idea de perversidad de las mujeres, a quienes se las maltrata y perjudica. El fin perseguido, a la luz de lo que se relata, sería denigrar y demonizar la figura materna, siendo además un medio que utilizan los hombres para obtener el cuidado personal de los hijos. La alienación parental, se concluye, es una "epidemia" que hay que enfrentar.

VIII.3. Se postula que la alienación parental es un fraude pseudocientífico porque no es científicamente válida ya que no está incluida en la clasificación internacional de enfermedades de la Organización Mundial de la Salud (CIE - 11), de manera que no tiene fundamentación médica ni clínica. Tampoco está reconocida en el campo de la psiquiatría y no se encuentra avalada por estudios empíricos. Se la ignora además en el DSM IV y DSM 5 (de la Asociación Americana de Psiquiatría), e igualmente se rechaza en los ámbitos académicos y universitarios. Al no existir verificaciones científicas de la alienación parental —se dice— todo permanece como meras hipótesis. Por lo tanto, al estar construida sobre falacias, se trataría de una "ciencia basura".

VIII.4. Se critica a la alienación parental afirmándose que ignora, desestima y descalifica la palabra de los niños en desmedro de su derecho a ser oído, por lo que se desatiende su discurso y se silencia su voz. Así, se ejercería contra ellos una violencia institucional y se los colocaría en una situación de riesgo. Se agrega que no es verdad que un adulto pueda programar a un niño y que este pueda verbalizar la ocurrencia de hechos inexistentes. Por consiguiente, se estima que la tesis de la alienación parental solo ocasiona daño a los niños y comporta un retroceso en los derechos de la infancia, perpetrándose un grave atentado contra los derechos humanos. Se entiende, de esa forma, que es una ideología que se basa en la idea de que los adultos son los propietarios de los niños y que, por ende, hay que doblegarles la voluntad lo antes posible.

VIII.5. Se denuncia que la alienación parental no tiene en cuenta el interés del niño al propulsar la "terapia de la amenaza" en el ámbito judicial, y que tal procedimiento es una metodología bárbara. Se esgrime que es una doctrina que pretende forzar a los hijos a relacionarse de modo compulsivo con el progenitor rechazado, con la amenaza a la madre de que va a perder el cuidado personal del hijo. Se le imputa que la mentada construcción se la pretende aplicar a todo tipo de casos a través de una fórmula única para cualquiera de las situaciones; y ello sin indagarse los motivos del rechazo del hijo al padre. A este se lo coloca siempre en el rol de víctima, pues se parte del supuesto de que todo rechazo al contacto por parte del hijo es injustificado y que cualquier denuncia de violencia y abuso es falsa; ignorándose que la resistencia del niño a vincularse con su padre pueda tener razones justificadas. Es por eso por lo que se omite cualquier investigación sobre el padre y se manipula la información en relación con la madre. Se dice, en fin, que lo que juega es solo la percepción subjetiva e ideológica del terapeuta, sin que medien criterios objetivos, lo que determina que todos los diagnósticos que se realicen van a carecer de lógica.

IX. Reflexiones sobre las críticas a la alienación parental

Las críticas relacionadas precedentemente (punto VIII), fácil será advertirlo, están desprovistas de mesura, tienen un carácter plenamente dogmático y exhiben una suerte de fanatismo ideológico, con una virulencia llamativa, más propia de los panfletos políticos y de los discursos de tribuna. No se verifica elemento serio alguno en tales críticas; a tal punto que lo que más salta a la vista en esa enumeración detallada que hicimos (punto VIII) es la ausencia total de fundamentación responsable a las impugnaciones que se realizan. En verdad, son críticas que parecieran pertenecer a otro universo, ya que resultan ser totalmente *ajenas a la realidad*; más allá de que también debe jugar un importante rol el malentendido y la desinformación **(20)**.

(20) Respecto a lo indicado en el texto, fundamentalmente las réplicas a los críticos de la alienación parental, ver DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "S.A.P. de Madre. Cuando la madre es excluida en el Síndrome de alienación parental (S.A.P.)", Revista Digital Luso-brasileira, enero-marzo de 2016, 8ª ed.; MIZRAHI, "La alienación parental y su relación con el abuso sexual y la violencia doméstica", DFyP, 2017 (abril) 3, Cita Onli-

Es de lamentar que se den argumentos falsos con apariencia de verdaderos, tras una adulteración de las fuentes originales. Los *sofismas* son los que se imponen, habida cuenta que circula una proliferación desenfrenada de información falsa sobre el tema; algunas con ribetes escandalosos. Desconocemos si se actúa por ignorancia —citando y repitiendo información errónea— o, por el contrario, si nos hallamos ante acciones deliberadas; aunque muy probablemente se trate de una y otra especie. De cualquier manera, estamos ante conductas *éticamente censurables* pues objetivamente acontece una *falsificación de la realidad*; variándose, incluso, el sentido de las citas bibliográficas. En el mejor de los casos, se toman como válidas y se aceptan las conclusiones para nada confiables vertidas en diversas publicaciones sin que se realice, como corresponde, consulta alguna en las *fuentes* que origina dichas conclusiones; con lo que la *desinformación* es la que predomina.

No obstante, a pesar de lo dicho, entendemos necesario la debida réplica a cada una de las imputaciones, acusaciones y objeciones que se esgrimen; y de ellas nos hemos de ocupar en el orden en que han sido expuestas.

X. Primera réplica: inexactitud de atribuir a la alienación parental la finalidad de encubrir los actos de abuso y maltrato de niños

Comenzaremos por decir que es por demás inexacta, burdo diríamos, la crítica referida a que se utiliza la alienación parental para encubrir los actos de violencia y abuso. La falta de veracidad de ese cuestionamiento es más que evidente teniendo en cuenta que lejos están de correr paralelamente una y otros. Queremos decir, que se verifican numerosos casos en la justicia donde está sobre el tapete un tema de alienación parental y, ni por asomo, se presentan denuncias de abuso sexual, maltratos o violencia doméstica **(21)**. Se colige, pues, que esta crítica no puede calificarse sino de absurda.

---

ne AR/DOC/598/2017; mismo autor, "La comprobación judicial de la alienación parental como patología social", Revista Juntas somos más de la Asociación de mujeres jueces de Argentina, agosto 2016, p. 18; Presentación de la Comisión de Derechos Humanos, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 7, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, "Convivencia paterno-materno filial en el panorama internacional: un acercamiento en torno a la sustracción de menores, alienación parental y mediación familiar internacional", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 20 y 22, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; CASILLAS MACEDO, Héctor Samuel, "Realidad y riesgos de la alienación parental de los menores de edad en la Administración de Justicia en materia familiar", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 115/117, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/ 2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; RUÍZ CARBONELL, Ricardo, "La llamada alienación parental: la experiencia en España", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 130/132, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/ 2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; LAMADRID, Miguel Ángel, "Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 196/198, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; TORREALBA JENKINS, Alfredo Emilio, "El Síndrome de Alienación Parental en la legislación de familia", tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de graduados, 2011, ps. 35 y 60 a 69; PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2008, ps. 112 a 175; BENSUSSAN, Paul, en primer prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", Paidós, Barcelona, 2017, ps. 21 a 26; BERTUZZI, Mariarita, segundo prólogo de FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", Paidós, Barcelona, 2017, p. 31; BONE, J. Michael, en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 34/35; NAVARRETE MENDOZA, Claudia Ibet, en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, p. 40, Paidós, Barcelona, 2017; FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, "Manual del Síndrome de Alienación Parental", Paidós, Barcelona, 2017, ps. 44 a 46; GARCÍA GARCÍA, Fernando, "En busca del Síndrome de Alienación Parental: manifestaciones en el ordenamiento jurídico español", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 87/88 y 124/125; CARBÓ SANCHÍS, Eric, "El negacionismo del SAP. Un análisis en sus fundamentos", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 177 a 207; COCA VILA, Arantxa, "Conviviendo con la Alienación Parental", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 284 y 306.

(21) En el sentido indicado en el texto, ver VACCARO, Sonia y BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido sín-

Por otro lado, aun en la hipótesis en que coincidan numéricamente denuncias de alienación parental —planteadas por una parte— y actos abusivos y violentos —afirmados por la otra—, no se comprende sinceramente de qué manera la primera se pueda invocar con éxito como pantalla para ocultar los otros. Un expediente judicial no es un juego de niños ni tampoco podemos presumir la actuación negligente o el accionar perverso de todos los jueces, funcionarios y peritos. En todas las causas, en mayor o menor grado, aparecen algunas evidencias de lo que pudo haber pasado en una familia judicializada. Es que entrarán en escena psicólogos, terapeutas familiares y otros profesionales, que realizarán experticias, habrá informes de asistentes sociales, se entrevistará a la presunta víctima, se tomará contacto con el presunto victimario, se hará comparecer a familiares vinculados, etcétera.

Lo que acabamos de señalar juega para ambos casos; o sea, todos sabemos que no basta con la mera denuncia para que se tenga por probada la alienación parental articulada o la comisión de actos de abuso. Para decirlo muy sintéticamente, invocar ligeramente que con tanta facilidad un sujeto puede abusar del niño y luego quedar liberado y sin ninguna responsabilidad sostener que es un caso de alienación parental, comporta *desconocer por completo* lo que es el funcionamiento de la justicia. En este sentido, nos parece una torpeza mayúscula, por lo equivocada, decir que los jueces realizan una aceptación acrítica de la alienación parental y que, sustentados en ella, se procede a un cierre prematuro de causas cuando median denuncias de abuso. La realidad de nuestra experiencia, de más de medio siglo, nos demuestra que tal imputación no es cierta en la gran generalidad de las causas, sin que se descarte algún supuesto aislado de un mal ejercicio de la función judicial.

A esta altura, por lo demás, conviene recordar que, como lo hemos estudiado en el punto III, si mediaron actos de agresión severos, maltrato o abuso de un progenitor queda *automáticamente excluida* la posibilidad de que en la familia en cuestión se haya verificado un supuesto de alienación parental. Dicho de otro modo, para que esta pueda ser planteada, primero hay que descartar que no han acontecido en las relaciones materno o paternofiliales actos aberrantes que justifiquen plenamente la conducta de rechazo del hijo. Solo cuando hay indicios claros de que esos hechos no se produjeron, recién se verá —llegado el caso— si están presentes o no las notas típicas que configuran la alienación parental.

Como vimos, se imputa —con una retórica alarmista— que al aplicarse la construcción de la alienación parental se entrega a los niños a pedófilos y maltratadores. Sin embargo, y este dato es fundamental, no se aporta —en absoluto— ningún estudio de casos, trabajos empíricos, estadísticas ni cálculos certeros, que demuestren que por un diagnóstico de alienación parental se haya abusado o maltratado a un niño con impunidad. Vale decir, que son críticas inconsistentes, puramente difamatorias que, en consecuencia, no tienen seriedad alguna.

No desconocemos que hay más abusadores sexuales de los que se reconocen o salen a la luz; y ello porque esos actos dentro de las familias, tradicionalmente, fueron una suerte de *secreto* y entonces estaban envueltos en capas ocultas. Tampoco ignoramos que, precisamente por lo indicado, el tema del abuso sexual es todavía un tabú; a lo que se le agrega que en los niños que fueron realmente abusados es posible que se les produzca una represión en su recuerdo traumático. Empero, sería falaz que de esas premisas ciertas se concluya que la alienación parental es un invento de pedófilos para tapar delitos difíciles de descubrir; pues hay un largo trecho entre una y otra situación. En otros términos, que se oculten los abusos sexuales no significa que la alienación parental sea inexistente.

En síntesis, la crítica que ahora replicamos es claramente *temeraria*; ya que tanto se investigan en la justicia las denuncias de alienación parental como las de abuso sexual o maltrato. Lejos está de la verdad sostener que basta una mera denuncia de alienación parental para que no se investiguen hechos denunciados de abusos y agresiones de un progenitor. A su vez, resulta también alejado de la realidad la postulación contraria, porque denunciar la comisión de actos aberrantes, sin ningún fundamento, indicio ni prueba, no comportará impedir que a su hora

drome de alienación parental", Ed. Descleé de Brouwer, Bilbao, 2009, p. 128.

se analice debidamente si estamos ante supuestos de alienación parental.

XI. Segunda réplica: inexactitud en sostener que la alienación parental es discriminatoria contra las mujeres

Con sinceridad, directamente nos parece disparatado que se afirme que la alienación parental ha sido construida para perjudicar a las mujeres y que sea "una ideología patriarcal y machista", o que persiga "demonizar la figura materna". Bien claro es, tal como lo explicitamos en el punto V, que la alienación parental no distingue géneros, ya que es una problemática que afecta tanto a hombres como a mujeres. Sin duda, aquellas acusaciones tienen una relevante carga ideológica y no responden a la verdad, pues el único objetivo que persiguen los estudios serios realizados sobre la alienación parental es *proteger a los niños*. Por ende, tiene que excluirse cualquier sesgo de machismo, como se la pretende rotular. De nuevo la realidad es la que avala esta conclusión.

En particular, en los tiempos que corren resulta sencillamente inexplicable la acusación que analizamos. Tal vez alguna confusión de buena fe se pudo haber generado en épocas pasadas cuando el cuidado de los hijos, por lo general, se atribuía a la madre y el padre solo contaba con un escueto "régimen de visitas" (ver el punto V). En aquellas situaciones, que ya no son las actuales, era muy difícil hallar un hombre como progenitor obstaculizador; en atención a que —como recién dijimos— el cuidado unilateral de los niños por las mujeres madres constituía una regla impuesta en la sociedad. Claro está, entonces, que si en esos tiempos se producían casos de alienación parental, el personaje perturbador, que pretendía excluir al otro progenitor, era habitualmente la madre.

La realidad, hoy, resulta totalmente *diferente*. Es claro que se terminó de imponer en la Argentina —y un proceso similar aconteció al menos en el mundo occidental— lo que con claridad se denomina la *coparentalidad;* esto es, que ambos padres tienen responsabilidades y deberes comunes en el cuidado y educación de los hijos. En nuestro país la cuestión se afianza con la vigencia de la Convención sobre los Derechos del Niño (ver su art. 18.1) y el dictado de la ley interna 26.061 (ver su art. 7, 2° párr.), y se termina de instaurar definitivamente con la sanción del Cód. Civ. y Com. Nótese que a partir de aquí la regla general pasó a ser el *cuidado compartido* de los hijos (art. 650), al par que el cuidado unipersonal se convirtió en excepcional (art. 653, 1° párr.).

Con la vigencia plena de la coparentalidad, la alienación parental dejó de ser —por una pura cuestión de lógica— un problema vinculado a las madres, a las mujeres. En la actualidad, lo indica sin vueltas la experiencia judicial, tanto el padre como la madre pueden llegar a desempeñar el lamentable rol de progenitor excluyente (que impide u obstaculiza el acercamiento del hijo al otro). De este modo, si alguien podía albergar alguna duda respecto a que no hay razón para relacionar la alienación parental con las mujeres, al producirse el cuidado compartido de los hijos dicha hesitación quedó despejada de inmediato; en el sentido de que en la alienación parental de ninguna manera interviene una cuestión de género.

XII. Tercera réplica: la alienación parental se sustenta en estudios que demuestran su evidencia empírica

Es sorprendente la crítica relativa a que la alienación parental carece de sustento científico ya que, partiendo de la buena fe como debe ser, causa estupor tamaño grado de *desinformación*. Como lo revelan las citas bibliográficas que estamos realizando en las notas del presente estudio, existen cientos de trabajos publicados sobre el tema; a lo que se les agregan normas legislativas y jurisprudencia de otros países, fallos de tribunales internacionales y hasta Congresos de nivel mundial, los que guardan concordancia con los precedentes judiciales de nuestro país.

Para decirlo en otras palabras, las numerosas experiencias clínicas, trabajos de campo y una gran investigación empírica dentro y fuera de la justicia, certifican sobre el terreno, bien en lo concreto, la existencia del fenómeno **(22)**. Asi-

(22) Sólo a modo de ejemplo, véanse los estudios específicos realizados sobre numerosas familias, según se detallan puntillosamente en PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", Ed. García Alonso, Buenos Aires,

mismo, solo a mayor abundamiento, diremos que la alienación parental fue receptada por las leyes 13.319 y 13.431 de la República Federativa del Brasil; se encuentra admitida en diversos Estados de México; reconocida por la Corte Europea de Derechos Humanos (verbigracia, el "case of R. I. And Others v. Rumania", del 04/12/2018); y, en fin, fue materia de Congresos internacionales ("Symposium For Parental Alienation", Toronto, Canadá, marzo de 2009; y el "Primer Congreso Internacional de la Alienación Parental de Menores", México, junio de 2009).

Una de las postulaciones más corrientes de los críticos, es que cabe negar la existencia de la alienación parental porque no ha sido reconocida por organismos de autoridad indiscutibles, como lo son El DSM (Manual Diagnóstico y Estadístico de los trastornos mentales), de la Asociación Psiquiátrica Americana y el CIE-11 (Clasificación Internacional de Enfermedades), de la Organización Mundial de la Salud (OMS). Sobre el asunto media un doble error o, al menos, dos malentendidos.

La primera equivocación (o falta de comprensión) es que, en verdad, no encontramos razones de peso para que la alienación parental se ingrese en la nomenclatura de las dos entidades que mencionamos. Ya explicamos en el punto III, al que remitimos, que cuando se habla de alienación parental no nos estamos refiriendo a una cuestión que sea propiamente de competencia de médicos y psiquiatras ejerciendo la profesión como tales en el sentido tradicional. Tampoco está en juego un tema de farmacología, ni se trata de una enfermedad de orden psiquiátrico que padezca un sujeto individual y que, por lo tanto, deba ser reconocida por el DSM y el CIE. De modo bien diferente, constituye una *disfunción familiar*, totalmente ajena a la farmacología y a la psiquiatría propiamente dicha, pues la alienación parental apunta a la *relación* entre dos o más personas; por lo que el elemento distintivo es el *vínculo*, y no el sujeto como un solo individuo aislado.

Es decir, la falencia que estamos estudiando se presenta en la organización de una familia y es un ámbito que en puridad corresponde a los *terapeutas familiares*; los que en su labor profesional aplicarán determinadas técnicas psicológicas. Para referirlo muy sintéticamente, en la alienación parental, dada su naturaleza, estamos *fuera* de los listados de enfermedades individuales y de los manuales psiquiátricos; de manera que no hace mella alguna en la configuración de esta disfunción familiar que pueda estar o no incluida en contornos que no les son propios.

El segundo error o malentendido es que, a pesar de que las enfermedades psiquiátricas en general y los problemas de alienación parental merecen, cada uno, ser incluidos en terrenos distintos, de todos modos, no ha mediado un rechazo del fenómeno que analizamos por parte de los responsables de la elaboración del DSM 5 y el CIE-11. En efecto, con relación al primero, la alienación parental está incluida tácitamente en el Manual, a nuestro juicio acertadamente, cuando en el capítulo relativo al "Abuso emocional del niño" se hace referencia a "Los problemas relacionales progenitor-niño", como también en los rubros "Niños afectados por la relación dolorosa de sus progenitores" y "Maltratos psicológicos a niños".

De igual modo sucede con la Organización Mundial de la Salud. Su Comité Asesor Científico (MSAC), en sus declaraciones del 04/09/2019 y 25/02/2020, ha señalado que la Alienación Parental es un tipo de problema que hace a la relación padre (o cuidador) e hijo. Aclara muy bien dicho Comité que la Alienación Parental no se usa en contornos de atención médica porque no es, en sí misma, una enfermedad o lesión que requiera atención médica. Sin embargo, se especifica que aquella debería incluirse en el capítulo 24 que hace referencia a "Factores que influyen en el estado de salud o el contacto con los servicios de salud", entre los cuales se encuentra un ítem que se denomina "Problemas de relación padre (o cuidador) e hijo".

En síntesis, por lo desarrollado hasta aquí, se advierte que lo detractores de la alienación parental incurren en estas cuestiones en una *doble falacia*. Una, cuando afirman la invalidez de la referida disfunción familiar por no estar incluida

2008, ps. 145 a 160. También podemos acudir a la obra BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP" Ed. Almuzara, Madrid, 2017, dedicado en su integridad a los estudios de casos que se presentaron en la realidad.

en el DSM y el CIE; habida cuenta que ya vimos que esa inclusión no es necesaria al no tratarse de una enfermedad psiquiátrica individual que requiera atención médica. La otra falacia, al decirse incorrectamente que la alienación parental fue rechazada por los redactores de esos manuales, pues arriba observamos que bien puede considerarse tácitamente incluida en los cuadros ya mencionados; tal como expresamente lo dijo nada menos que el Comité Asesor Científico (MSAC) de la Organización Mundial de la Salud.

Más allá de los extremos concretos recién precisados, resulta necesario señalar que otro dato concluyente es que la postura que niega la existencia de la alienación parental realiza sus afirmaciones sin sustentarse en ningún estudio empírico que, cumpliendo las reglas del método científico, pueda certificar su postulación. Ello vendría a demostrar que hay una suerte de *fanatismo* en sus articulaciones; por lo que a los planteos le faltaría una nota esencial de la ciencia clásica, que es la *objetividad.* Las críticas, entonces, no pertenecen al mundo científico sino a una suerte de *pensamiento mágico*, de naturaleza *mítico-religiosa,* donde se confunde y entremezcla lo subjetivo con lo objetivo y están ausentes la evidencia y el factor probatorio. Exactamente a la inversa sucede con los trabajos sobre la alienación parental que, como antes dijimos, tienen un muy fuerte andamiaje en trabajos empíricos y experiencias de campo publicadas en revistas especializadas revisadas por sus pares; ello dicho sin perjuicio de que están avalados por otro elemento esencial, y es la circunstancia de que la mencionada disfunción familiar es muy *palpable* en la vida diaria de los tribunales.

Diremos, en conclusión, que todas las declaraciones contra la alienación parental —que como lo señalamos parecen de *otro universo*— se presentarían así como un *discurso esquizofrénico*; tienen un evidente sesgo ideológico y partidista y, por consiguiente, carecen de una investigación cualitativa y cuantitativa seria y responsable.

XIII. Cuarta réplica: la construcción de la alienación parental respeta la palabra genuina de los niños

Sosteniéndose un criterio, que diríamos es rayano con el absurdo, se señala equivocadamente que la construcción de la alienación parental desestima el discurso de los niños y que ello es violatorio de sus derechos. Esta articulación tiene su origen en que la buena doctrina y el correcto desempeño jurisdiccional cuestiona muchas veces lo que verbaliza el niño cuando advierte que este no actúa como sujeto autónomo, sino que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores.

Ya hemos dejado debidamente aclarado que con la alienación parental la voz del niño no es propia; ya que se ha convertido en un mero portavoz o vocero del adulto de quien depende. Entonces, cuando se analiza si en un caso se verifica o no la anomalía familiar que analizamos, previo para tener en cuenta la opinión del hijo, se trata de discernir si estamos o no ante un discurso genuino; si ha mediado o no una programación parental o persuasión coercitiva de un adulto.

No puede negarse que los mentados cuadros negativos se presentan en la realidad; por lo que desecharlos es directamente ponerse una venda en los ojos. Claro está que no se puede opinar ni elegir si el niño en su actuación no es libre y autónomo; para lo cual se requiere que se exprese con conocimiento de causa; sabiendo el porqué de su elección u opinión; la que obviamente tiene que estar exenta de la influencia de terceros. Por eso, resulta indispensable que la voz se emita sin tener coacción moral y emocional. Sin perjuicio de estos asertos, entendemos claro que para tener en cuenta la opinión del niño será un requisito esencial que este cuente con madurez suficiente, de forma tal que sus expresiones sean libres y razonadas; pero sucede que la mentada madurez no se adquiere por igual en todas las circunstancias o cualquiera sea la materia **(23)**.

En efecto, un niño podrá opinar o decidir libremente en temas relativos a deportes, relaciones sociales, amistades, si quiere estudiar el idioma inglés, francés o italiano; etc. En cambio, sus verbalizaciones deben juzgarse de otro modo y encuadrarlas donde corresponde,

(23) Remitimos a MIZRAHI, Mauricio Luis, HERSCOVICI, Pedro y DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria", LA LEY, 2019-B, 1002, Cita Online AR/DOC/872/2019.

cuando opine, por ejemplo, que no quiere ir a la escuela, o se resiste a tomar los antibióticos recetados por el médico, o se niega a vacunarse o a ir al odontólogo, o rechaza ver a su progenitor sin invocar motivo serio alguno. Desde luego que en estas últimas situaciones las afirmaciones del niño no deben ser en principio acatadas; por lo que habrá que disponer los estudios terapéuticos pertinentes para desbrozar cuál es el verdadero sentido de su oposición o negativa. Recordemos que al niño no le asiste el derecho de dañarse a sí mismo; y en este sentido merece la *protección especial* de los organismos estatales **(24)**.

Por lo demás, todo lo que se acaba de desarrollar no son conclusiones antojadizas de algún autor. Muy por el contrario, surge de manera palmaria de la interpretación que se ha realizado del art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño por parte del Comité de los Derechos de Niño, que es un intérprete indiscutible de dicho Tratado internacional **(25)**.

Obsérvese que en la Observación General N° 12, del recién referido Comité, este ha sostenido que "[e]l niño tiene derecho a expresarse libremente. Libremente significa que puede expresar sus opiniones sin presión..."; "significa también que el niño no puede ser manipulado ni estar sujeto a una influencia y presión indebidas" (párr. 22). Y agrega el Comité más adelante: "Permitir la manipulación de los niños por los adultos, poner a los niños en situaciones en que se les indica lo que pueden decir o exponer, no constituyen prácticas éticas y no se pueden entender como aplicación del art. 12 de la Convención" (párr. 132 de dicha Observación).

En definitiva, es la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, la que sirve de guía certera a los estudiosos de la alienación parental en el análisis de los dichos de los niños; y he aquí el por qué la crítica que ahora replicamos carece del más mínimo asidero.

XIV. Quinta réplica: la terapia como mandato judicial y la derivación a los ámbitos terapéuticos como alternativa válida en los casos de alienación parental

La cuestión de las terapias dispuestas por los jueces para tratar familias en grave crisis y en donde está perturbada la relación de los hijos con uno de sus progenitores, también ha sido motivo de reiteradas quejas por los que descreen de los estudios realizados en relación con la alienación parental. Los críticos afirman que se propicia la "terapia de la amenaza" en la justicia y que se obliga a los niños compulsivamente a revincularse con el padre rechazado sin indagarse las causas que dan lugar a la resistencia del niño; agregándose que los dictámenes de los peritos son subjetivos e ideológicos.

Con sinceridad y respeto, cuando examinamos los planteos comentados, nos da la sensación de que estamos ante *delirios.* Comencemos por decir que la "amenaza", como se dice, es un delito y mal los tribunales podrían disponerla cometiendo una grave infracción criminal. Más allá de que dicha palabra constituye una expresión desafortunada, lo que sí existe es una *coerción judicial legítima,* el *imperium de los jueces*; lo cual se admite sin discusión en todo el mundo civilizado, precisamente para evitar la justicia por mano propia.

La orden judicial que dispone tratamientos terapéuticos compulsivos es, pues, una constante; en particular porque es un *deber* de los jueces ordenarlos cuando se presentan severas disfunciones familiares y están en juego los intereses de los niños, que son de orden público (art. 2°, segundo párr., de la ley 26.061). Al respecto, los pronunciamientos en este sentido son abundantes **(26)**, de manera que realizar objeciones

(24) Ibidem.

(25) El Comité de los Derechos del Niño de las Naciones Unidas es el órgano de vigilancia, seguimiento e interpretación de la Convención sobre los Derechos del Niño. Está compuesto por expertos independientes y supervisa la aplicación de la mencionada Convención por los Estados parte. Emite observaciones generales con el fin de facilitar la ejecución del tratado. En nuestro país, la relevancia del apuntado Comité se debe en particular a que ha sido considerado por la Corte Suprema de Justicia como un intérprete autorizado de la Convención (CSJN, 21/05/2013, LA LEY, 2013-F, 20; íd., 27/11/2012, RDF 2013-II-1; íd., 01/08/2013, LA LEY, 2013-E, 335).

(26) Ver, entre tantos otros, los pronunciamientos de CNCiv., sala B, "CH., M. J. c. D. L., L. N.", 28/04/2008, R. 492.300; SC Mendoza, sala I, "DYNAF", 08/04/2014, RDF 2014-V-223, con el comentario aprobatorio de RA-

a esta potestad del órgano jurisdiccional es, de nuevo, como pretender ingresar a *otro universo*.

Sin perjuicio de lo indicado, vale la pena dejar aclarado que, en situaciones graves donde están obstaculizados los vínculos parentales por la acción de un progenitor, u otro pariente, la *terapia compulsiva bajo mandato judicial* resulta fundamental. Por el contrario, si no media obligatoriedad con el apercibimiento de aplicación de sanciones; esto es, si estamos ante meras recomendaciones del tribunal, las consecuencias probables han de ser *negativas* y comporta un mal ejercicio de la función jurisdiccional. Ello es así porque no se descarta que tales recomendaciones sean interpretadas por el progenitor alienante u obstaculizador de manera *perversa*. Vale decir que este padre o madre, en su afán por cortar el contacto del hijo con el otro progenitor, es muy posible que entienda que, mientras no se desarrolle una terapia eficaz, la revinculación no se producirá; que es precisamente su objetivo, por lo que seguramente desplegará todos sus esfuerzos para lograr que se frustre el tratamiento sugerido **(27)**.

Por otra parte, la terapia bajo mandato ha sido receptada por la ley 26.061 de protección integral de los derechos de las niñas, niños y adolescentes. El art. 37 de dicha normativa enumera las "medidas de protección" cuando se comprueba la amenaza o violación de los derechos de los niños; y el inc. f), de ese art., faculta a ordenar "[t]ratamiento médico, psicológico o psiquiátrico de la niña, niño o adolescente o de alguno de sus padres, responsables legales o representantes". El objetivo de tales mandas, a la luz del art. 33, primer párr., de la citada ley, es preservar, restituir o reparar las consecuencias cuando acontece aquella amenaza o violación de derechos.

Finalmente, diríamos que ni merece refutarse, por lo absurdo, sostener que en todas las causas se aplica la misma solución, que las experticias son tendenciosas y subjetivas y que no se indagan los motivos por los cuales un niño rechaza a su progenitor. No obstante que no se descarta que en una causa concreta se puede eventualmente realizar un mal manejo de la situación por el juez interviniente y el terapeuta a cargo (por lo que se tendrá siempre la instancia de la apelación), no es posible —por falta de una lógica elemental— realizar ese cuestionamiento a absolutamente toda la justicia, y a todas las instancias del fuero; y, si se lo hace, estaríamos ante una postulación sencillamente *descabellada*.

XV. Teoría de la alienación parental. La figura de Richard Gardner. Críticas y réplicas

La sistematización de la alienación parental, sin el menor asomo de duda, se la debemos a Richard Gardner; más allá de que seguramente este autor ha tenido en cuenta los antecedentes psicoanalíticos sobre la cuestión (ver el punto VI). Varias son las cuestiones que caben considerar, y a ellas nos referiremos **(28)**.

GANATO, "La adopción de medidas de oficio con el fin de garantizar el restablecimiento del vínculo entre un niño y su padre no conviviente y el derecho a tener una adecuada comunicación entre ellos", RDF 2014-V-236; CNCiv., sala B, "T., R. E., y otros c. B., C. R. s/ autorización", 22/06/2015, expte. 37.178/2014; TFam., Formosa, "B., L. F. c. S., S. B. s/ medida cautelar", 14/04/2016, DFyP 2017 (julio), 110, Cita Online AR/JUR/107785/2016; C2a-Civ. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "F., P. R. c. C., A. F.", 25/08/2015, RDF 2016-I-123, y el comentario aprobatorio de SARQUIS, "Régimen de comunicación, una herramienta idónea para construir y sostener vínculos afectivos", RDF 2016-I-131; SCBA, "I., L. J. c. L. P., S. D. s/ incidente de tenencia", 21/12/2016, ED, 25/04/2017, nro. 14.168; CCiv. y Com. Azul, sala II, "Carmen s/ tutela", 05/02/2019, LA LEY, 2019-A, 379, Cita Online AR/JUR/59/2019; CNCiv., sala H, "Y., S. c. F. J. s/ régimen de visitas", 17/07/2015, Expte. N° 76.849/2013.

(27) Ver BRONCHAL CAMBRA, Julio, "La evaluación pericial en el SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José (comp.), Manual del Síndrome de alienación parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 339.

(28) Ver DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "S.A.P. de Madre. Cuando la madre es excluida en el Síndrome de alienación parental (S.A.P.)", Revista Digital Lusobrasileira, enero-marzo de 2016, 8ª ed.; CÁRDENAS, Eduardo José - ALBARRACÍN, Marta, "Padres separados: cuando uno obstaculiza la relación del otro con el hijo", ED, 193-260; PORTILLO, Claudia E., "Violencia institucional y aplicación del llamado Síndrome de Alienación Parental", RDF 86, 145, Cita Online AR/DOC/572/2018; RUÍZ CARBONELL, Ricardo, "La llamada alienación parental: la experiencia en España", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 133/137, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; LAMADRID, Miguel Ángel, "Síndrome de alienación parental y justicia restaurativa", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, p. 1720, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-

XV.1. La importancia de Richard Gardner. Límites. Desarrollo posterior de los estudios sobre la alienación parental

Gardner trabajaba en los Estados Unidos y era un médico y psicoanalista con gran experiencia como perito judicial y especialista en psiquiatría infantil; a lo cual se agregaba que tenía una muy importante intuición clínica. Fue además miembro de la Asociación de Psiquiatría Norteamericana, la Academia Norteamericana de Psiquiatría del Niño y el Adolescente, de la Academia Norteamericana de Psicoanálisis; y publicó numerosos libros y trabajos.

Como ya lo anticipamos, si bien los cuadros de alienación parental y los estudios psicoanalíticos sobre el punto existían desde antes, bueno es destacar que el mencionado autor, en 1985, fue el primero en ocuparse de manera directa y frontal en describir el fenómeno. Tuvo el gran mérito de haber realizado una vívida descripción de esta disfunción familiar y plantearlo ante las Cortes de Justicia de su país; y hay que reconocer que nadie antes que él la identificó de una manera tan orgánica.

Sin embargo, su elaboración merece algunas observaciones; tal cual se puso de resalto años después por una importante cantidad de autores que trabajaron sobre el tema de la alienación parental. Por de pronto, como ya lo señalamos en el punto VI, adherimos a un enfoque diferenciado en cuanto a la caracterización de esta perturbación familiar. Nosotros ponemos énfasis en destacar que en estos casos no estamos ante un problema que requiera atención médica y psiquiátrica, en el sentido de enfermedad de una persona individual.

En otros términos, ha quedado ya debidamente clarificado que la alienación parental, en vez de requerir del auxilio de la psiquiatría o psicología individual en términos tradicionales, necesita de un tipo de tratamiento que fue desarrollado acabadamente con posterioridad a la actuación de ese destacado profesional. Se trata de la intervención de los *terapeutas de familia*, enfocando el problema fundamentalmente desde una perspectiva *grupal*, como si el "paciente" fuera la propia familia. La razón es que esa disfunción constituye un cuadro caracterizado por una deficiencia de tipo *relacional*. Desde luego, tal aserto no excluye que para un mejor resultado de la estrategia terapéutica se requiera también que un adulto determinado, o el mismo niño afectado, reciba un tratamiento psicológico o psicoanalítico individual orientado a la revinculación buscada; aunque la labor debe realizarse de un modo coordinado con los restantes profesionales; es decir, en red.

La situación apuntada no debe llamar la atención, dado que los estudios realizados con el transcurso del tiempo, tras numerosas obser-

---

de-alienación-parental-aberr; MIRANDA, Carlos Reinaldo, Síndrome de AP: Aportes para la reflexión, en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 212/218 htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; ÁLVAREZ ICAZA, Angélica Verduzca, "El Síndrome de A.P. en los divorcios de alto nivel de conflicto", en Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, Alienación Parental, ps. 249/250, htt:/hunnapuh.blogcindario.com/2007/08/01927-sindrome-de-alienación-parental-aberr; BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP", Ed. Almuzara, Madrid, 2017, ps. 19 a 24 y 250; TORREALBA JENKINS, Alfredo Emilio, "El Síndrome de Alienación Parental en la legislación de familia", tesis para optar al grado de Magister en Derecho, Universidad de Chile, Facultad de Derecho, Escuela de graduados, 2011, ps. 29 a 35 y 48 a 71; PEDROSA, Delia Susana - BOUZA, José María, "Síndrome de Alienación Parental. Proceso de obstrucción del vínculo entre los hijos y uno de sus progenitores", Ed. García Alonso, Buenos Aires, 2008, ps. 93 a 143; CARBÓ SANCHÍS, Eric, "El negacionismo del SAP. Un análisis en sus fundamentos", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 179/207; COCA VILA, Arantxa, "Conviviendo con la Alienación Parental", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 286; BRONCHAL CAMBRA, "La evaluación pericial en el SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 321; VACCARO, Sonia, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 47/74; BAREA PAYUETA, Consuelo, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 76/117; VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 161/198; VACCARO, Sonia, en VACCARO, Sonia - BAREA PAYUETA, Consuelo, "El pretendido síndrome de alienación parental", Ed. Desclée de Brouwer, Bilbao, 2009, ps. 209 a 211; AGUILAR, José Manuel, "Síndrome de Alienación Parental", Ed. Almuzara, Madrid, 2006, 3ª ed., p. 23.

vaciones clínicas, permitieron en gran medida que se perfeccionara el análisis del fenómeno. Entre otros elementos explorados, por ejemplo, se verificó —tiempo después de los trabajos de Gardner— que en la alienación parental juega una *multicausalidad*; y ello hace que el enfoque no deba ser lineal, en atención a la *circularidad* que se observa en el despliegue de las relaciones familiares.

XV.2. Falsa imputación de misoginia

Que se puedan plantear discrepancias con algunos enfoques de Gardner, no autoriza a la *difamación* de su figura con articulaciones inconsistentes y que no se ajustan a la realidad; tales como sostener que el citado autor realizó toda su elaboración para discriminar y perjudicar a las madres. Este específico punto lo hemos debidamente replicado en el punto VIII, al que remitimos.

No obstante, estimamos oportuno realizar aquí algunos comentarios. Ya hemos dicho en el mencionado punto VIII, que originariamente —en los casos de alienación parental— el personaje excluyente y perturbador lo constituía por lo general la madre, ya que esta era quien por lo común tenía el cuidado personal de los hijos; y ese es el motivo por el cual el referido autor, en 1985, hacía mención específica a las mujeres. Empero, fue este mismo destacado profesional el que, diecisiete años después a la construcción de su teoría, rectificó esa posición; pero no por un cambio de opinión sino ante la evidencia de la mutación producida en la realidad social.

Efectivamente, Gardner —en un trabajo publicado en 2002— revela el cambio que tuvo lugar en la sociedad, pues de los casos que venía observando aproximadamente la mitad era por una acción de exclusión llevada a cabo por la madre; al par que el otro cincuenta por ciento el emprendimiento descalificatorio tenía su causa en el proceder del padre. Y por eso sostuvo, muy atinadamente, que en los supuestos donde la acción de alienación era imputable al progenitor varón, se trataba también de familias disfuncionales en la que se abusaba del niño, con la misma gravedad que en las situaciones en que la causa originaria provenía de la madre **(29)**. Bien se observará que esta publicación de Gardner es *omitida* por sus críticos que siguieron diciendo que toda su elaboración tenía el objetivo de menoscabar la credibilidad de las mujeres.

XV.3. La cuestión de la pedofilia atribuida a Richard Gardner

Tal como lo señalamos en el punto IX, al que remitimos, la adulteración de la obra de Gardner es muy llamativa. Obsérvese que se atribuyen "citas" de los libros de este autor que, al cotejarlas con las fuentes originales, se demuestra palpable que media una *deformación*, *mutilación* y *modificación* de los textos publicados. Es que, sin ningún fundamento real, se señala que toda su teoría tenía la finalidad de encubrir a pederastas; obviamente, con el objetivo de demeritar su obra en perjuicio del honor y reputación del autor.

Sin embargo, el tema apuntado amerita que se profundice un poco más la cuestión. Por de pronto, la pedofilia atribuida a Gardner debe ser considerada en dos planos. Uno, es cuando se dice a secas que el autor "es un pedófilo". Respecto a este punto, más allá del rechazo y repugnancia que nos genera las conductas pedófilas, hay que reconocer —nos guste o no—que no puede derrumbarse la teoría de la alienación parental con el argumento de los atributos negativos que pueda tener su creador; pues bien resulta posible afirmar que tal o cual persona tuvo actitudes en su vida que podríamos estimar repulsivas y, sin embargo, terminar admitiendo que los trabajos profesionales de ese mismo sujeto son rescatables y tienen validez.

Lo que queremos decir, en definitiva, es que realizar imputaciones a una persona para atacar una elaboración realizada por ella misma constituye una *falacia por argumentum ad hominem* (argumento contra el hombre). Es que tal proceder evidencia, desde el punto de vista de la lógica, que se ha incurrido en un error en el razonamiento o en la argumentación. Para decirlo de otro modo, la equivocación consiste en atacar erróneamente al autor en lugar de *refutar*

(29) Ver GARDNER, Richard, "Denial of the Parental Alienation Syndrome also Harms Women", en American Journal of Family Therapy, nro. 3, vol. 30, junio de 2002.

la verdad de la teoría de la alienación parental; y he aquí la falacia.

Sin perjuicio de lo dicho, diremos que resulta altamente negativo que en los mentados ataques se omita la verdad. Y esta verdad son las publicaciones formales que ha realizado Gardner precisamente en relación con las acusaciones que se le formularon respecto a que defendía la pedofilia. Por esas razones nos limitaremos, por estimarlo un acto de justicia para quien ya no está con nosotros, a realizar una transcripción completa de las manifestaciones del autor en lo atinente a este asunto. Nos dice Gardner:

- "Creo que la pedofilia es algo malo para la sociedad. Sin embargo, creo que la pedofilia, como todas las demás formas de sexualidad atípica, es parte del repertorio humano, y que todos los humanos nacen con el potencial de desarrollar cualquiera de las formas de sexualidad atípica (que son referidas como parafilias por el DSM-IV). Mi reconocimiento de que una forma de comportamiento es parte del potencial humano no es un respaldo a ese comportamiento. La violación, el asesinato, el sadismo y el acoso sexual son parte del potencial humano. Esto no significa que apruebe estas abominaciones".

- "Considero que la pedofilia es un desorden psiquiátrico, una abominable explotación de los niños. Nunca he apoyado a un pedófilo en su búsqueda de la custodia primaria de un niño. Debido a que he testificado a favor de personas falsamente acusadas, hay algunos que afirman que, por reflejo, protejo a los pedófilos y soy compasivo con lo que hacen. No hay absolutamente nada que haya dicho o escrito que permita apoyar esta absurda acusación. Cuando en una disputa de custodia llego a la conclusión de que un padre acusado tiene tendencias pedófilas, aconsejo al tribunal que proteja a los niños. Nunca he recomendado la custodia primaria para un padre así, ni me imagino haciéndolo jamás" **(30)**.

A tenor pues de lo que se acaba de transcribir, se observará que el rechazo de Richard Gardner a la pedofilia es total y absoluto. A ello se le suma de que existen constancias concretas de que el referido psiquiatra fue uno de los impulsores de la llamada ley Megan en los Estados Unidos (*Megan's Law)*, una ley federal que exige a las autoridades policiales que hagan pública la información sobre los delincuentes sexuales registrados, en particular contra las familias.

A pesar de lo narrado, corresponde advertir que algunas manifestaciones del comentado autor en relación con la pedofilia se utilizaron fuera de contexto por sus detractores. Se trata de verbalizaciones de este psiquiatra aconsejadas a sus colegas como *técnicas o estrategias terapéuticas* para tratar a niños que habían sido realmente abusados. El objetivo del profesional era tratar de *desculpabilizar* al niño, para que este logre utilizar sus propios recursos y se recupere de su grave experiencia traumática; con la esperanza de evitar que por ese proceso doloroso que transitó quede destruido de por vida. Es que si en las sesiones terapéuticas se dimensiona en forma mayúscula ante el paciente abusado el hecho que padeció, el autor estimaba clínicamente que se corría el riesgo de revictimizarlo, cuando la finalidad perseguida era la opuesta; o sea, obtener su desvictimización **(31)**. En suma, podrá coincidirse o no con la técnica empleada respecto a los niños abusados, pero de ahí no podrá deducirse que Gardner tenía un pensamiento pro pedófilo.

El otro plano que considerar en relación con la pedofilia, finalmente, es el cuestionamiento de que la elaboración de la teoría de la alienación parental está orquestada para escudar y amparar a los pedófilos. En verdad, este asunto concreto lo desarrollamos en el punto X, y a él corresponde remitirse; aunque a modo de conclusión de lo allí dicho podemos decir que hemos demostrado la clara *inexactitud* de dichas imputaciones. Es que Gardner se cansó de explicar que no se aplicaban los criterios desarrollados respecto de la alienación parental cuando mediaron realmente actos de abuso; los que de

(30) Ver GARDNER, Richard, "Misinformation Versus Facts", The American Journal of Family Therapy, nro. 5, vol. 30, octubre-diciembre de 2002, p. 407, Brunner Rotledge, Taylor & Francis.

(31) Sobre la cuestión indicada en el texto, remitimos a GARDNER, Richard, "True and False Accusations of Child Sex Abuse", Creative Therapeutics, New Jersey, 1992.

ningún modo se presumían falsos, como equivocadamente postulan los críticos. Con acierto aclaró el autor mencionado que, en situaciones de real abuso, el rechazo o la hostilidad del hijo hacia su progenitor es un sentimiento esperable. Entonces, ya desde 1985, había total claridad —como ya se dijo en el punto II— respecto a que un requisito fundamental para que exista un cuadro de alienación parental, es que sea totalmente *injustificada* la resistencia del niño a relacionarse con su progenitor.

XVI. Precedentes jurisprudenciales que detectaron la alienación parental. Labor judicial activa para desarticular dicha disfunción familiar

Como ya lo hemos señalado en el punto XII, numerosos casos se han presentado en la jurisprudencia argentina de alienación parental y así se lo admite en la narración de los considerandos de los Fallos lo cual corrobra sin el menor asomo de duda su *evidencia empírica.* Sin embargo, es de hacer notar que en la gran mayoría de los supuestos se acude al subterfugio (consciente o inconsciente, por lo regular de buena fe) de describir con claridad esta disfunción familiar, pero sin nombrarla; seguramente para evitar críticas de algunos sectores fanatizados y radicalizados que atacan infundadamente el mentado fenómeno. Haremos referencia seguidamente a algunas de las tantas causas judiciales que registran los antecedentes jurisprudenciales en las cuales los jueces detectaron el fenómeno de la alienación parental y, consecuentemente, adoptaron las medidas consiguientes.

XVI.1. Juzgado de Familia de Rawson

Se trató de un interesante precedente en el que se ordenó —en relación con un niño de dos años— el traslado del cuidado personal principal de la madre al padre. En el caso, la progenitora —claramente una madre alienante— no cumplía con el régimen de comunicación con el padre, que se encontraba homologado judicialmente.

Para advertir el alcance de la anormalidad familiar que se presentaba, veamos las circunstancias que tuvo en cuenta el tribunal: a) Que la madre seguía incumpliendo el régimen de comunicación a pesar de que había sido intimada a llevarlo a cabo, bajo apercibimiento de modificar la custodia del niño. b) Que a dicha progenitora se le habían aplicado *astreintes* —por su reiterada resistencia a vincular al hijo con el padre— e, incluso, fue condenada a seis meses de prisión (en suspenso) por el delito de impedimento de contacto. c) La manifestación expresa de la madre de que no estaba dispuesta a cumplir con el régimen de comunicación antes mencionado; procediendo inclusive a trasladarse con su hijo a otra localidad para entorpecer el contacto paternofilial. d) Que, de acuerdo con las experticias efectuadas, se comprobó la incapacidad de la madre para incluir a un tercero en el vínculo madre-hijo. En los hechos, se apropió de este, llevando a cabo un proceso de exclusión del padre, lo cual demostró la falta de idoneidad de aquella para ejercer el cuidado personal del niño. e) La necesidad de desalentar y castigar todo ejercicio abusivo de las prerrogativas inherentes al cuidado personal del hijo, como también de neutralizar la convicción de la madre de que puede obrar impunemente. f) Se estimó en el caso que la conducta de la progenitora tenía visos de definitiva por su resistencia irreductible, ya que se consideraban agotadas todas las alternativas posibles para restituir el derecho del niño a conectarse con su padre; vale decir, que no se vislumbraba una esperanza razonable de que la madre cambiara de actitud. g) Que en la causa se entendía acreditado que, de no disponerse el cambio del cuidado personal del hijo, se provocaría a este un nivel de gravedad y perturbación muy acentuado que sería sensiblemente superior al impacto emocional que podría provocar el traslado del cuidado personal. h) Que el medio elegido —el cambio del cuidado personal del niño— se consideraba razonable, ya que resultaba proporcionado al fin propuesto, que era restituir al hijo los derechos que le habían sido vulnerados; teniendo en cuenta la inexistencia de otra medida más benigna para el logro del objetivo perseguido. i) Que los informes psicológicos demostraron que no había indicadores de riesgo en la profundización del vínculo paternofilial, por lo que se podía concretar sin necesidad de supervisión alguna **(32)**.

(32) Ver Juzg. Fam. N° 3 Rawson, "G., F. c/F., M.", 16/09/2009, LL AR/JUR/43278/2009, y ED, 237-52. Ver, también, DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M. - PARADA, Adriana, "El cambio de tenencia como remedio en casos

Era más que evidente que en esta causa se estaba ante un supuesto severo de un hijo *colonizado*; esto es, captado psíquicamente por uno de los progenitores, por lo que el niño era víctima de alienación parental.

XVI.2. Tribunal de Familia de Lomas de Zamora

En estos actuados el Tribunal de Familia, que hizo lugar a una medida cautelar urgente, dispuso modificar el régimen de vida de dos niños trasladando su cuidado personal de la madre al padre. Era un caso donde la progenitora incumplía reiteradamente las órdenes judiciales; aconteciendo incluso graves incidentes que obligaron a implementar en la comisaría los retiros y reintegros de los niños. Se verificó que se había quebrado la relación padre-hijos, y que la madre boicoteaba sistemáticamente los intentos del tribunal por reparar tal vínculo; a tal punto que condujo a los profesionales intervinientes a suspender el proceso de revinculación ante la constante obstaculización de la progenitora.

En el juicio que estamos comentando, fueron muchos los apercibimientos que tuvo la madre, como ser la imposición de multas; tomar sus incumplimientos como elementos de juicio para modificar el cuidado personal de los hijos; y dar intervención a la justicia penal por el delito de desobediencia; todas los cuales no dieron resultado alguno.

En el caso anotado, a su vez, dicha progenitora tampoco había llevado a cabo el estudio psicodiagnóstico de personalidad que se le había encomendado (al no asistir a las entrevistas programadas por el equipo técnico y amenazar a uno de sus integrantes) ni acreditó la realización y continuidad del tratamiento psicológico ordenado respecto de ella y los hijos. Para colmo, la madre irrumpió en la audiencia establecida por el tribunal para la escucha de los hijos, obligando a estos a llevar a la entrevista con los jueces elementos de grabación para poder conocer sus dichos, con una actitud violenta y de intimidación para con los niños.

Ante tal estado de cosas, como se señaló, el tribunal hace lugar a la medida urgente y dispone el cambio en el cuidado personal de los hijos; y ello ante el incumplimiento reiterado e irreductible de la madre, en atención a que se entendió que no había una esperanza razonable de cambio de esa actitud, tras el fracaso de otras medidas implementadas. La progenitora demostró ser una persona que no reconocía límites, despreciando las normas que rigen para toda la comunidad.

Los elementos concretos tenidos en cuenta en el caso para resolver como se hizo fueron los siguientes: a) Que de los informes obrantes en el expediente se desprendía que el padre contaba con aptitudes para cumplir debidamente su función parental. b) Que los hijos reflejaban indicadores presuntivos de patologías graves infantiles, con un severo riesgo emocional y un pronóstico que podía ser poco favorable sin la intervención de un tratamiento especializado que, como vimos, la madre no llevaba a cabo. c) Que correspondía arbitrar los medios para que la modificación del cuidado personal de los hijos, traumática de por sí, les genere a ellos el menor daño posible. Es por eso por lo que se ordenó que, en los primeros días, y hasta tanto se logre restablecer adecuadamente el vínculo paternofilial fracturado, deberían los niños y su padre permanecer con el apoyo de un acompañante terapéutico.

La mentada asistencia de un acompañante terapéutico resultaba necesaria para dar contención a los niños y al progenitor, colaborando para restablecer una relación muy afectada; y con el seguimiento del equipo técnico del tribunal. Se ordenó, también, la reanudación inmediata de las terapias psicológicas individuales de los niños y la concurrencia semanal de un asistente social en el domicilio de estos; debiéndose brindar los informes pertinentes sobre las evoluciones producidas.

Las indicadas medidas tenían que disponerse pues el discurso de los niños estaba altamente contaminado por el pensamiento materno, dado que aquellos repetían textualmente las palabras de la progenitora; de forma tal que la negativa de los hijos a mantener contacto con su padre estaba vaciada de razones. Era, pues, otro caso claro de alienación parental, donde el niño

---

de impedimento de contacto. Su correcta implementación", ED, 237-62.

estaba *captado y colonizado* por la acción de la referida madre **(33)**.

XVI.3. Cámara Nacional Civil, Sala G

En este expediente, tramitado ante los Tribunales nacionales, la Cámara confirmó la decisión de primera instancia que otorgó provisionalmente, y de manera cautelar, el cuidado de dos hijos al padre. Se tuvo en cuenta para así resolver la permanente oposición e incumplimientos de la madre a los regímenes de comunicación dispuestos judicialmente. A ello se le sumó la actitud obstruccionista de esta, la que quedó demostrada al negarse a ser entrevistada por la licenciada interviniente en el marco de una audiencia; no accediendo tampoco a suscribir el acta que reflejada lo acontecido en dicho acto.

En el caso, se concluyó por el tribunal que la actitud reticente de la progenitora —que se oponía a que los hijos mantengan una natural relación con su padre— no podía ser tolerada por la jurisdicción. Se evaluó que aquella había sido ya multada por su actitud obstructiva al contacto paternofilial; y fue intimada, además, para que cesara en sus incumplimientos injustificados, bajo apercibimiento de ponderar la modificación del cuidado personal de los hijos. Sin hesitación, se acudía a esta vía extrema al estar en juego la salud y el desarrollo psíquico de los niños **(34)**; y era evidente el juego en la especie de la alienación parental.

XVI.4. Suprema Corte de Mendoza

También la alienación parental se halla a todas luces presente en esta causa, pero el personaje alienante —en perjuicio del padre del niño— es fundamentalmente la abuela materna. En efecto, el tribunal sostiene en el fallo que "todo el proceso es manipulado por la abuela materna que es totalmente absorbente y manipuladora de su propia hija y su nieto". Por esa conducta de la abuela excluyente, se agrega que el pequeño "posee una imagen paterna desvalorizada y denigrada en la que sobresalen los aspectos negativos como los únicos puestos de valor".

En cuanto al niño, el tribunal afirma que los argumentos que despliega para negarse a ver a su progenitor, "son poco espontáneos, repetitivos, estereotipados, con contenido fantástico no reuniendo criterios de credibilidad". Se agrega por los jueces que "el relato del niño parece ser el resultado de un discurso elaborado por los adultos interesados en desvalorizar y denigrar la figura paterna; y que el niño tiene incorporado un mandato materno de prohibición de acercamiento al padre". En este sentido, se afirma que "tanto la abuela como la madre reflejan una animosidad hacia el progenitor que impide distinguir y separar el contenido objetivo del subjetivo". Se insiste por los jueces intervinientes que mediaba en esa causa "una férrea oposición de la madre y la abuela del niño a que la comunicación con el padre se reanude". Se dispone entonces, compulsivamente, una terapia de revinculación padre-hijo bajo mandato judicial; como estrategia para poner fin a la alienación parental **(35)**.

XVI.5. Cámara Nacional Civil, Sala B

Esta causa es un ejemplo paradigmático de alienación parental, en la cual el padre es el personaje alienante y la madre la persona afectada y excluida. En el caso, dos jóvenes, por disposición judicial, asistían a un tratamiento terapéutico de reorganización familiar porque obstinadamente se resistían a tomar contacto con su progenitora. Los hijos invocaban argumentos que carecían totalmente de entidad, repitiendo ellos el discurso paterno; advirtiéndose con claridad que sus verbalizaciones no eran genuinas. Así las cosas, se propuso por los profesionales responsables que se planteaba la necesidad de que el progenitor concurra a un tratamiento particular para que pueda prestar la debida colaboración a los fines de lograr la revinculación maternofilial. Empero, en el requerimiento terapéutico, se hizo hincapié de que era indispensable no fraccionar esos trata-

(33) Ver Trib. Fam. Lomas de Zamora N° 3, "G. P. G. c. V. A. K", 28/09/2012, RDF 2013-II-105. Ver, también, el comentario aprobatorio de MEDINA, Graciela, "Cambio de tenencia y síndrome de alienación parental", DFyP 2013-2, (marzo), 51.

(34) Ver CNCiv., sala G, "A., L. c. L., A.", 08/04/2013, R. 616.218.

(35) Ver SC Mendoza, sala I, "DINAF", 08/04/2004, RDF 2014-V-223.

mientos y que había que evitar "trabajos psicológicos autónomos" que agraven las patologías detectadas. Se sugirió, entonces, que la terapia propuesta debía llevarse a cabo por determinados profesionales que trabajen *coordinadamente* con el equipo terapéutico.

A mérito de la referida solicitud de los profesionales, el tribunal ordenó —como medida cautelar urgente— que el progenitor en cuestión (que como progenitor alienante tenía un vínculo simbiótico con sus hijos, víctimas de alienación parental) debía concurrir a realizar un tratamiento psicoterapéutico individual exclusivamente con alguno de los profesionales aconsejados por el equipo que asistía a los hijos. A dichos efectos, se otorgó al padre un plazo de veinte días corridos para que indique al Tribunal con cuál de los terapeutas sugeridos llevará a cabo la mentada terapia individual, y se le impuso el deber de informar además "la fecha y hora dada para el primer encuentro, con el profesional finalmente seleccionado, a los fines del inicio formal de la terapia"; todo lo cual se dispuso bajo el apercibimiento de aplicarle fuertes sanciones conminatorias pecuniarias **(36)**.

XVI.6. Cámara de Apelaciones de Mendoza

En este precedente jurisprudencial, se trataba de un caso en que había fallecido el progenitor del niño; lo que determinó, por acción de la madre, que se cortara el vínculo entre el hijo y su abuelo paterno. Ante el planteo judicial de este, el tribunal ordena, con "carácter urgente e inmediato" una "terapia de revinculación", que la madre debía cumplir con carácter obligatorio, a pesar de que el niño —ahora de seis años— manifestó "no querer ver al abuelo porque no lo conoce". Dicha verbalización se efectuaba no obstante estar probado que años atrás ambos tenían una buena relación. Fue establecido que quedaba bajo la responsabilidad de la madre "la asistencia del niño a la terapia bajo apercibimiento de disponer de oficio compulsa a la justicia penal", su inscripción en el Registro de obstaculizadores de lazos familiares y la aplicación de condenaciones conminatorias pecuniarias.

Asimismo, en dicho juicio se certificó "que la actitud procesal de la progenitora ha sido dilatoria"; y, en cuanto a la mentada negativa del pequeño de ver a su abuelo, se entendió que sus expresiones no coincidían con su interés superior. La sentencia postula que existe un derecho humano de los niños de no perder sus vínculos filiales y que en ese caso el contacto entre abuelo y nieto ha sido suprimido por el conflicto protagonizado por los adultos. Se consideró que en la especie el niño no parecía hallarse en condiciones de formarse un juicio propio, tal como lo exige el art. 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño. Se agregó que oír al hijo menor de edad no implica acatar automáticamente su opinión, pues de lo contrario el niño se convertiría en juez o árbitro para dirimir la disputa; lo que no resultaría saludable.

La causa que acabamos de comentar constituye un caso más donde se verificaba un proceso de obstaculización por parte de la progenitora para *excluir* al abuelo de la vida del niño. Obviamente, este no tenía un discurso ni voluntad propia; era un mero vocero o portavoz de la voluntad de su madre y afectado por un proceso de alienación parental **(37)**.

XVI.7. Cámara Nacional Civil, Sala J. Dos sentencias

Respecto de este tribunal hemos de analizar dos causas, una de 2015 y otra de 2021, en las cuales se presentaban, en ambas familias, lo que podríamos denominar una *alienación parental grave o severa*. Veamos.

XVI.7.a. Fallo del 29/12/2015

En el conflicto familiar que narraremos, una adolescente de 15 años se oponía sistemáticamente a ver a su padre, con quien no se encontraba desde hacía dos años y medio. Se invocaba, tanto la joven como la madre a cargo de su cuidado personal, razones que, según los dictámenes, "carecían de entidad suficiente"; "argumentos precarios frente a la magnitud de las consecuencias que ese discurso acarrea".

(36) Ver CNCiv., sala B, "T., R. E., y otros c. B., C. R. s/ autorización", 22/06/2015, expte. 37.178/2014.

(37) Ver C2aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "F., P. R. c. C., A. F.", 25/08/2015, RDF 2016-I-123, y el comentario aprobatorio de SARQUIS, Lorena, "Régimen de comunicación, una herramienta idónea para construir y sostener vínculos afectivos", RDF 2016-I-131.

Por otra parte, a tenor de los estudios psicológicos realizados en ese expediente, se concluyó también que mediaba "una relación simbiótica e indiscriminada" entre madre e hija; que exhibía un cuadro de una adolescente colonizada y totalmente captada psicológicamente por la acción de su progenitora.

En esos actuados se percibió también que la progenitora demostró una "imposibilidad de ejercer su rol materno", "sin poder posicionarse en el lugar de madre". A tal panorama se le agregaba los problemas de la adolescente en su escolaridad y las serias dificultades que tenía de mantener vínculos sociales extrafamiliares; todo lo cual hizo concluir a los especialistas que dicha joven se hallaba en una situación de riesgo, con un desarrollo emocional altamente comprometido y un evidente daño psicológico.

Ante el cuadro que se acaba de describir, la Cámara dispuso "con carácter cautelar y de manera urgente e inmediata la modificación del régimen de cuidado de la adolescente otorgándoselo a los abuelos paternos". Repárese que el tribunal sustenta la medida, tanto en sus considerandos como en la parte resolutiva, en los arts. 657 y 104 del Cód. Civ. y Com. Quiere decir que, en lugar de solo suspenderse el ejercicio de la responsabilidad parental de la madre (art. 702, inc. d, del Código), para transferirlo a los abuelos paternos, se optó por una medida más drástica y segura. Es que, al fundamentarse la sentencia en el art. 104 recién mencionado, significó que ambos progenitores quedaban suspendidos cautelarmente en la titularidad de la responsabilidad parental, pues se atribuía funciones tutelares a los abuelos paternos de la adolescente **(38)**. Una resolución, sin duda, muy drástica; lo que da cuenta de la extrema gravedad del caso y de qué manera se hallaba presente la alienación parental **(39)**.

XVI.7.b. Fallo del 01/12/2021

En este pronunciamiento, la alienación parental que se verifica en el caso es más que evidente. La sentencia de Cámara confirma la decisión de primera instancia que había dispuesto la revinculación paternofilial. Al momento del fallo el hijo ya tenía 16 años de edad; pero el progenitor había perdido contacto con él desde que cumpliera los 5 años. El entonces pequeño niño había sido captado totalmente por su progenitora, la que por todos los medios posibles impedía la reanudación del contacto de aquel con su padre.

De acuerdo con el dictamen de los expertos designados en el juicio, que recoge la sentencia de segunda instancia, el niño en sus manifestaciones relataba historias aprendidas, con lenguaje adulto. En un encuentro que se logró realizar en abril de 2017 entre padre e hijo, con una mediación terapéutica, y habiendo formado la progenitora una nueva pareja, el niño le dice directamente a su progenitor —con un discurso que claramente no le pertenecía— que no quería verlo más "porque hiciste mucho daño y tengo nueva familia y no te necesito para nada".

El informe clínico expresa además que el niño sentía que debía proteger a su progenitora "y obedecer su mandato de no ver al padre" y que aquella "ejerce todo tipo de maniobras para impedir el contacto". Agrega el dictamen que el hijo está "atado a su madre por la manipulación"; y que "su situación de dependencia hace que lo que verbaliza no sea realmente auténtico". Es que su objetivo es "identificarse y agraciarse con ella", repitiendo "argumentos que no son propios"; por lo que "está aferrado en un vínculo patológico con su madre".

El informe de los terapeutas concluye que resultaba imperioso que el hijo recobre el vínculo con su padre; por lo que no debía validarse la negativa del niño a tener relaciones con él, habida cuenta que "está colonizado por las ideas y actitudes de su madre, lo cual no le permite tener un pensamiento autónomo y propio".

El tribunal desecha los argumentos vertidos por la Defensoría de Cámara que postulaba que había que tener en cuenta los dichos del hijo en el sentido de no querer revincularse con su padre. Para decidir en ese sentido, la sentencia afirma que se debe cuestionar lo que verbaliza el joven cuando —como en el caso—se advertía que este "no actúa como sujeto autónomo, sino

(38) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, "Responsabilidad parental", Ed. Astrea, Buenos Aires, 2018, t. I, § 161 y ss. y § 169 y 170.

(39) Ver CNCiv., sala J, "T., J. A. c. F., C. s/ homologación de acuerdo", 29/12/2015, LL AR/JUR/71245/2015.

que su voluntad ha sido captada por uno de sus progenitores". Al respecto, se invoca la Observación General N° 12 del Comité de los Derechos del Niño, donde se señala que un requisito para que se entienda cumplimentado el art. 12 de la Convención Sobre los Derechos del Niño es "que el hijo no se encuentre manipulado ni esté sujeto a una influencia y presión indebidas".

El pronunciamiento, en fin, precisa de manera expresa que en el caso sometido a decisión se presentaba un supuesto típico de *alienación parental*, pues se reunían en la causa dos de sus requisitos básicos. Uno, la falta de comisión por el padre excluido de actos u omisiones severas que resulten reprochables. El otro, que mediaba una influencia negativa determinante del progenitor obstaculizador **(40)**.

No queda sino aprobar enfáticamente la decisión del Tribunal; y destacar sobre todo la valentía de identificar por su verdadero nombre —alienación parental—la severa disfunción que padecía esa familia.

XVI.8. Suprema Corte de Buenos Aires

En estos actuados un adolescente de 13 años vivía con su padre desde hacía más de tres años y tenía un fuerte rechazo a tomar contacto con su madre. Ese hijo era víctima de alienación parental por la acción excluyente del progenitor, que lo manipulaba. La Corte provincial reconoce abiertamente que adolescente tenía una "programación adulta", por lo que resuelve adoptar medidas positivas que reivindiquen a la madre ante el niño, "restituyendo su figura, rol y jerarquía perdida". Se dispone entonces recurrir al auxilio interdisciplinario para que, mediante el respectivo tratamiento terapéutico, se elabore un plan de coparentalidad y se pueda restablecer el vínculo con su progenitora **(41)**.

XVI.9. Juzgado de Marcos Juárez, Córdoba

En la causa que referiremos se había acordado un régimen de comunicación con el padre; pero la progenitora lo incumple reiteradamente y sin ninguna justificación seria. Se le cursan varias intimaciones y, la última, bajo apercibimiento de que —de persistir el incumplimiento— se procedería al cambio del cuidado personal de los hijos; pero la resistencia continuó.

Los informes psicológicos obrantes en el expediente daban cuenta del obrar de mala fe de la madre, y le atribuyen a ella la total responsabilidad por la frustración del contacto paternofilial; destacando que actuaba así en forma deliberada con el objetivo de aniquilar la figura paterna. A ello se le agregaba que dicha progenitora boicoteaba todas las entrevistas convocadas en la sede del Equipo Técnico del tribunal. Se trató de otro caso típico de alienación parental; circunstancia que determinó al tribunal a disponer el cambio del cuidado personal de la madre al padre **(42)**.

XVI.10. Cámara de Apelaciones de Azul

En este pronunciamiento, como en tantos otros, se trató de un caso de obstrucción a un proceso de revinculación; vale decir, de un supuesto de *alienación parental,* aunque en esta hipótesis el obstructor no es un progenitor sino un pariente cuidador del niño.

En dicha causa, una niña huérfana se entrega al cuidado de un medio hermano mayor por línea paterna; y a partir de aquí este despliega toda una estrategia para impedir que la pequeña se relacione con su abuela materna; y ello a pesar de que durante los encuentros anteriores habían mantenido una muy buena relación. El tiempo transcurre, y ya contando la niña con doce años, el guardador adopta la estrategia de hacer presentar a esta ante el tribunal con un letrado donde requiere "la suspensión definitiva de su revinculación con su abuela materna".

Los profesionales intervinientes, designados por el tribunal, detectan las conductas de obstrucción sistemática del cuidador para entorpecer la conexión abuela-nieta. El proceso de captación de la ahora adolescente resultaba evi-

(40) Ver CNCiv., sala J, "E. J. M. y otro c. S. R. K. s/ tenencia de hijos", 01/12/2021, expte. N° 57426/2011, LA LEY del 18/01/2022, 3, Cita online: Cita: TR LALEY AR/JUR/188609/2021

(41) Ver SCBA, "I., L. J. c. L. P., S. D.", 21/12/2016, ED, 25/04/2017.

(42) Ver Juz. de 1ª Inst. en lo Civ., Com., de Conciliación y de Familia, 2ª Nominación, Marcos Juárez, Córdoba, "B., C. E. c. S., F. M. s/ régimen de visitas", 01/11/2018, LL AR/JUR/69304/2018.

dente; tenía el temor de ser "devorada" por su abuela. El sentimiento de la niña era de "traición hacia los guardadores si se vincula con su abuela"; por lo que se concluyó que la adolescente "está muy pegada al discurso de sus cuidadores, de manera que queda muy poco espacio para su autonomía".

En los mencionados autos, se observó por los expertos "que la niña rechaza de su psiquismo parte de su propia identidad". En función de ello, el tribunal decide apartarse de los dichos de la niña a los fines de atender a su interés superior y, en particular, teniendo en cuenta que existían antecedentes anteriores donde se verificaron espacios de disfrute entre abuela y nieta. Se ordena entonces, con carácter obligatorio, una terapia psicológica que debían llevar a cabo los guardadores y que la abuela continúe con el tratamiento que venía realizando; designándose a una profesional para que asuma el tratamiento psicológico de la ya adolescente. Se dispuso, además, en fin, que todos los terapeutas trabajarán en el programa de revinculación bajo la dirección y coordinación de la perito oficial integrante del Equipo Técnico Auxiliar del tribunal **(43)**. Un ejemplo más de una labor adecuada desempeñada por la justicia.

XVI.11. Cámara de Apelaciones de Trelew

En el caso, dos hijos mellizos estaban al cuidado del padre; pero mediaba una resistencia de los niños a revincularse con su madre, la que aduce que se estaba ante un supuesto de alienación parental. Para colmo, el padre cuidador se presentó en el expediente afirmando que sus hijos no quieren recibir asistencia psicológica y que tampoco desean tomar contacto con su mamá y su entorno familiar. Sobre el punto, se acreditó en la causa que dichos hijos sostenían una postura rígida en sus discursos, enarbolando la palabra del progenitor como verdad y desvalorizando el accionar de la madre. Esta aparecía ante los hijos como una figura desvalorizada y descalificada a mérito de la manipulación del progenitor, quien no exhibía voluntad alguna en remediar la situación.

Dado ese cuadro familiar, el tribunal concluye que los hijos se hayan unidos en una alianza con el progenitor, y que la progenitora es una figura excluida, cuestionada y desvalorizada (triangulación maligna; un ejemplo clásico de alienación parental). En atención a lo narrado, se ordena incluir a la madre en el cuidado personal de los hijos —pues se establece un cuidado compartido indistinto— y se dispone que el grupo familiar realice una terapia psicológica tendiente a facilitar la revinculación de la madre con los niños, delegando en los profesionales intervinientes disponer la estrategia terapéutica a emplear **(44)**.

XVI.12. Juzgado Nacional de Familia N.° 8

Este es otro juicio en el que, conforme a sus constancias, el vínculo simbiótico y alienante era entre el hijo y el padre. Aquel se negaba terminantemente a tener relaciones con su madre, con la que no mantenía contacto desde hacía cinco años. Las experticias practicadas acreditaban la perniciosa influencia que el progenitor ejercía sobre el adolescente —mediando entre ellos una fuerte alianza— de manera que se obstaculizaba todo intento de conexión maternofilial. Por supuesto, el hijo no tenía una verbalización propia, sino que sus dichos eran una reproducción del discurso paterno; por lo que la sentencia entendió que su voluntad se hallaba viciada.

En el fallo se considera, por las razones explicitadas, que el adolescente no debería seguir conviviendo con su progenitor; pero tampoco con su madre, debido a que los informes técnicos señalaban la inconveniencia de imponerle forzadamente la vida en común con ella. Es así entonces que se dispone dar intervención al Consejo de los Derechos del Niño y al Servicio de Psicología de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil "a efectos de evaluar y determinar si debe otorgarse la custodia personal del joven a un pariente en los términos del art. 657 del Cód. Civ. y Com." **(45)**.

(43) Ver CCiv. y Com., Azul, sala II, "Carmen s/ tutela", 05/02/2019, LA LEY, 2019-A, 379, Cita Online AR/JUR/59/2019.

(44) Ver CApel. Trelew, sala A, "T., J. N. c. C., P. D. s/ cuidado personal", 07/05/2019, expte. N° 283-año 2018 CAT.

(45) Ver Juzg. Nac. Civil, Familia, N° 8, "A., J. J. c. C., D. S. s/ cuidado personal de los hijos", 21/11/2019, LA LEY, 24/06/2020, p. 6, Cita Online AR/JUR/62183/2019, con

XVI.13. Juzgado de Familia N.° 6 de San Isidro

En la causa que vamos a comentar la figura alienante es la madre. Argumentando esta falsamente que los hijos comunes estaban en riesgo, requiere el cese del contacto de ellos con su progenitor. No obteniendo sus propósitos, dicha progenitora comienza a incumplir reiteradamente lo legalmente establecido por el tribunal, vedando sin justificación que los niños puedan concurrir para estar con su padre, para lo cual acudió a las más variadas estrategias. Por ejemplo, concurrir al colegio al que asistían los niños para requerir a sus autoridades que impidan que en dicho ámbito los pequeños se puedan encontrar con su padre.

No dan resultado las intimaciones y apercibimientos cursados por el juzgado, desobedeciendo la madre una y otra vez las órdenes judiciales. Más aún, en una de las tantas audiencias que se convocaron, la progenitora excluyente se sincera y manifiesta que tiene como meta que "sus hijos no tengan más contacto con su progenitor y su familia ampliada"; es decir, que se corte todo vínculo paternofilial.

En este caso, tal como sucedió con el pronunciamiento de la sala J de la Cámara Nacional de Apelaciones (ver XVI.7. b), la jueza interviniente, de manera expresa, califica a la disfunción que presentaba esa familia como *alienación parental*; y de ahí que sostiene en su resolución que en la especie resultaba necesario, mediante una terapia coactiva, *desprogramar* a los niños alienados. Así las cosas, dispuso la judicante otorgar cautelarmente el cuidado personal de los hijos al padre, establecer un régimen de comunicación con la madre, ordenando continuar con los espacios terapéuticos de los niños que ya habían sido iniciados **(46)**.

XVI.14. Cámara Civil y Comercial de Paraná

En este expediente se trataba de una familia disfuncional donde el niño, de nueve años de edad, se resistía tenazmente a ver a su progenitor sin que apareciera a la vista alguna causal de envergadura. Conforme a los estudios diagnósticos, se reveló que la resistencia del hijo no era genuina, sino que estaba muy influenciado por su madre. Al respecto, se indica que el discurso de ese niño era repetitivo, en refuerzo del de la progenitora, quien por todos los medios posibles obstaculizaba el vínculo paternofilial.

Al respecto, era de observar en el caso un decidido involucramiento del hijo en las cuestiones de pareja; lo cual se advierte con claridad cuando aquel señala ante el tribunal "que su madre no quiere que él vea a su papá porque la trató mal cuando estaba embarazada". A su vez, la captación del hijo por su progenitora se percibe también pues, según los informes de los especialistas, el niño emitía "un discurso aprehendido con una terminología no acorde con su edad, con tendencia a la repetición monocorde" (ver el punto IV).

El tribunal, con el fin de neutralizar tal cuadro de alienación parental, dispone un tratamiento psicoterapéutico, bajo mandato judicial, de todo el grupo familiar; es decir, una terapia que comprenda al niño, sus padres e, incluso, la familia ampliada (abuelos maternos y paternos) **(47)**.

XVI.15. Diversas Cámaras de Apelaciones

Los casos de alienación parental que se ventilaron ante los tribunales, determinaron a estos, incluso, a emitir condenas por daños y perjuicios contra el progenitor alienante. Así lo dispuso la Cámara de Bahía Blanca ante las endebles e inconsistentes denuncias de abuso sexual —desestimadas— con la finalidad de excluir a uno de los progenitores del contacto con su hijo **(48)**. También la Cámara Nacional resolvió

nota aprobatoria de ITURBURU, Mercedes - JÁUREGUI, Rodolfo G., "La escucha interdisciplinaria de los adolescentes, la cuestión de género y los deberes de los hijos en un creativo fallo", LA LEY del 24/06/2020, p. 6, Cita Online AR/DOC/1896/2020.

(46) Ver Juz. de Familia N° 6, San Isidro, "I. M. M. c. LL. D. s/ medidas precautorias", 30/11/2020, expte. N° SI-37339-2019.

(47) Ver C2aCiv. y Com. Paraná, sala II, "A. G. c. A. L. S. s/ medida cautelar protección de persona", 10/11/2017, LL AR/JUR/103017/2017.

(48) Ver C1aCiv. y Com. Bahía Blanca, "B., G. M., c. A., M. E.", 29/09/2006, La Ley, Buenos Aires, 2006-1454. Ver, también, DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "Tratamiento Interdisciplinario del Síndrome de Alienación Parental

condenas de esa naturaleza contra un padre por acudirse a otras maniobras persiguiendo la misma finalidad **(49)**.

Asimismo, en otro precedente, igualmente de la Cámara Nacional, se falló condenando por daños y perjuicios; los que ascendieron a montos importantes. Se trató del incumplimiento reiterado de una madre al régimen de comunicación establecido; juicio en el que se acreditó que tal progenitora le decía a su hijo que era *un traidor* si veía al otro padre; que los regalos que este le realizaba al niño eran *robados* (y así se los sacaba y los rompía); y alegaba constantemente dolencias falsas del hijo para que no se encontrara con su progenitor **(50)**.

Lamentablemente, en causas como la última indicada, la justicia llega *demasiado tarde*; lo que torna harto difícil la recuperación de los vínculos paternofiliales. Nótese que el mentado pleito demoró alrededor de nueve años en su tramitación. En efecto, el expediente se inicia cuando el hijo tenía diez años y al dictarse sentencia de Cámara ya había alcanzado la mayoría de edad **(51)**. El muy severo problema de las deficiencias de nuestro sistema judicial ha motivado, precisamente, otras publicaciones **(52)**.

Las relacionadas condenas por daños y perjuicios se hallan en sintonía con las conclusiones del Tercer Congreso Internacional de Derechos de Daños (Buenos Aires, 1993). Se resolvió allí que "La privación de la adecuada comunicación con los hijos por el progenitor es una conducta antijurídica, en tanto ella implica un incumplimiento de los deberes jurídicos establecidos. Como acto ilícito hace nacer la responsabilidad civil del autor de indemnizar el daño que produce al otro progenitor. El daño puede ser tanto material como moral y para su apreciación deberá tenerse en cuenta la especialidad de las relaciones de familia".

XVII. Cuestionamiento a la actitud pasiva de la justicia en casos de alienación parental

A la inversa de los casos narrados en el punto XVI, no faltaron pronunciamientos que no advirtieron la gravedad del problema familiar que acontece en los supuestos de alienación parental. Cuando así sucede, tiene lugar un *maltrato institucional* que se ejerce sobre los niños y adolescentes. La verdad es que, por desconocimiento o dejación, en tales situaciones se dejan de movilizar los recursos suficientes para protegerlos como corresponde. También están los supuestos en que se demora sin justificación el dictado de las medidas coercitivas, o los jueces no se atreven a decretarlas, tolerando mansamente los incumplimientos del progenitor alienante. De esta forma, el hijo queda privado de la compañía y afecto de su padre o madre, con lo cual todo queda bajo el exclusivo control del padre excluyente y disfuncional.

En suma, es muy criticable la pasividad de los tribunales que avalan implícitamente el mantenimiento de los cortes de vínculos materno o paternofiliales, permitiendo las dilaciones indebidas del procedimiento promovidas por uno de los progenitores. Es que actuando de esa manera se favorece el enquistamiento del conflicto y de la patología subyacente solidificando el distanciamiento entre un padre o madre y su hijo. Con tal modo de obrar, los procesos se prolongan por años y la realidad es que con esas dilaciones se termina eliminando a uno de los progenitores en la vida de los hijos. Se produce semejante consecuencia porque no se remedia a tiempo —en forma incipiente— los casos de alienación parental, con un diagnóstico precoz; lo cual es fundamental para el rescate de los vínculos **(53)**. La liviandad y ligereza con que muchas veces los tribunales cortan las relacio-

Severo (S.A.P.S.)", en Revista Cuadernos de Terapia Familiar, Ed. Stirpe, Madrid, España, 2010.

(49) Ver CNCiv., sala A, 11/11/2010, LL AR/JUR/80886/2010.

(50) Ver CNCiv., sala K, 12/02/2019, LA LEY del 28/03/2019, p. 5 y elDial.com-AAB159.

(51) Ver el fallo identificado en la nota precedente.

(52) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, "Niños afectados: la preferencia por la familia de sangre y la necesidad de mejorar nuestro sistema judicial", ED, 25/03/2019, p. 1, nro. 14.596, ED 282.

(53) Ver BRONCHAL CAMBRA, Julio, "La evaluación pericial en el SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, ps. 327/338; AGUILAR CUENCA, José Manuel, "Definición y diagnóstico del SAP", en FERNÁNDEZ CABANILLAS, Francisco José, Manual del Síndrome de Alienación Parental, Paidós, Barcelona, 2017, p. 175 y ss.

nes parento-filiales, y el tiempo que se tarda para su recuperación, ha merecido una fuerte crítica de nuestra parte **(54)**.

A título solo de ejemplo, mencionaremos un caso de alienación parental que se ventiló ante la Suprema Corte de Mendoza. Este tribunal emite una sentencia a nuestro juicio reprochable. En dicho juicio la Cámara de Apelaciones, en una decisión muy acertada, dado que estaba anulado el vínculo entre el padre y su hijo adolescente (de unos 14 años), dispone una terapia bajo mandato de judicial. Era a los fines de lograr la revinculación buscada, para los cual se incluyó a todo el grupo familiar; y se ordenó que el proceso terapéutico se llevaría a cabo en una institución a designar.

Arribadas las actuaciones a la Corte de Mendoza, esta revoca la sentencia de segunda instancia y resuelve dejar sin efecto la terapia ordenada. Lo llamativo es que la misma Corte reconoce que el hijo fue objeto de una "gran manipulación" y que había sido enseñado a "odiar al otro padre". La decisión se sustenta en dos extremos; uno, el estimarse que el hijo, por su condición de adolescente, tenía que presumirse que había alcanzado cierta madurez para resolver por sí esas cuestiones. El otro argumento son las verbalizaciones del adolescente en la audiencia convocada al efecto; la que —es de hacer notar— se fija a petición de la madre alienante; recurso típico al que se acude cuando se sabe que se ha logrado captar la voluntad de hijo y que este se comportará en el acto como un mero vocero de ella.

El tribunal, entonces, expone en sus considerandos el resultado del comparendo: dice que el joven tuvo "ideas y conceptos claros y definidos", en el sentido de que no quería relacionarse con su progenitor ni deseaba realizar ninguna terapia familiar, y que esa posición lucía "autónoma y autosuficiente". Sin embargo, más llamativo todavía, es que el fallo admite que esa negativa del hijo "podía ser originada por influencias desfavorables de los adultos". Obsérvese pues la contradicción: por un lado, se da a entender que la opinión del hijo es genuina y, por el otro, tiene por válido que en el caso intervino la manipulación del adolescente y que en sus dichos podían intervenir las apuntadas influencias desfavorables de tal o cual progenitor **(55)**.

Tratándose de familias judicializadas, con graves conflictos parentales, los hijos —aunque ya sean adolescentes— tienen un plus de vulnerabilidad superior, lo que exige una protección mayor (ver art. 3.2. de la Convención Sobre los Derechos del Niño; 19 de la Convención Americana de Derechos Humanos; y Corte IDH, OC 17-2002). Es muy probable, en la causa narrada, que lo que a primera vista aparecía como "autonomía progresiva", sea en la realidad una "autonomía regresiva"; por lo que es un severo error presumir que se tenga en esos casos un grado de madurez suficiente por el solo hecho de haber alcanzado la adolescencia **(56)**.

Repárese que, con esa equívoca invocación de una presunción de madurez suficiente en los adolescentes judicializados, dejaríamos sin efecto el balance equilibrado y de contrapesos establecido por el Cód. Civ. y Com. en materia de capacidad y competencia. Este equilibrio, excelentemente logrado en nuestra ley, consiste en implementar, por una parte, un sistema general y rígido como es el de las edades, conforme al cual se adquiere la adolescencia a los trece años y la capacidad plena a los dieciocho, con la mayoría de edad (art. 25). Empero, por la otra, se consigue la debida flexibilización mediante un régimen específico de *competencias*, con un análisis casuístico, de caso por caso, como es el de la *madurez suficiente*; mecanismo que permite determinar en el supuesto concreto cuándo un niño o adolescente es *competente* para decidir por sí la cuestión puntual que se ventila **(57)**.

(54) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis, "La violencia familiar y las relaciones parento-filiales", LA LEY 29/06/2021, p. 1, Cita Online AR/DOC/1856/2021.

(55) Ver SC Mendoza, sala I, 16/08/2016, RDF 2017-II-103.

(56) Ver MIZRAHI, Mauricio Luis - HERSCOVICI, Pedro - DÍAZ USANDIVARAS, Carlos M., "Niños y adolescentes atrapados en graves conflictos parentales. Una visión interdisciplinaria", LA LEY, 2019-B, 1002, Cita Online AR/DOC/872/2019.

(57) Ver BELOFF, Mary - KIERSZENBAUM, Mariano - TERRAGNI, Martiniano, "Una sensata cantidad de liberacionismo: el art. 26 del Código Civil y Comercial de la Nación frente a las normas penales que involucran a personas menores de edad", en RDF 84, 1; FERNÁNDEZ, Sil-

Nosotros decimos que si se sostiene aquella presunción de madurez suficiente —como lo hace la Corte de Mendoza— le quitaríamos eficacia a ese adecuado balance de nuestro Código, porque a través de tal pretendida *ficción* —como lo es la presunción— se afectaría la posibilidad de analizar autónomamente y con libertad cada supuesto concreto por el que atraviesa un adolescente. Es que, al ser presunción, ella sería *generalizada y a priori* de madurez suficiente; con lo que implicaría en la práctica el riesgo de privar al adolescente judicializado de su derecho a ser tal, debido a que se lo despojaría del lugar que le corresponde por la condición que reviste; que es la del derecho a recibir un *trato diferente* **(58)** y gozar de una *protección especial.*

Por lo demás, y este dato es fundamental, compruébese que invocar la hipotética madurez abstracta y genérica de todos los adolescentes judicializados, por la sola circunstancia de haber arribado a una determinada edad, equivale —en los hechos— a dejarlos *fuera de la Convención Sobre los Derechos del Niño* y, por lo tanto, no se les brindaría a ellos ese *plus de protección* que tiene que brindar el Estado. Es que, si los propios adolescentes pueden decidir en todos los asuntos que les conciernen, sin un análisis previo y profundo sobre sus "características psicofísicas" (art. 639, inc. *b,* de nuestro Código), no se los consideraría como *seres vulnerables*; a pesar de que en la realidad lo son. En definitiva, tal como se ha dicho en un pronunciamiento, procediendo de tal forma se convierte a los adolescentes en *adultos de un modo prematuro,* confiriéndoles una responsabilidad para las que aún no están preparados **(59)**.

El fallo de la Corte de Mendoza es muy criticable desde otra arista. ¿Cómo saben los jueces, sin el debido auxilio interdisciplinario, que el joven contaba con madurez suficiente? De la sentencia en análisis no surge de ningún modo que se halla requerido un dictamen de los expertos; y es obvio que para nada alcanza la "impresión" o "sensación" que tuvieron los magistrados en el acto de la audiencia. Es que esa percepción del tribunal es muy probable que haya sido *engañosa*. Ya dijimos que, al existir manipulación y adoctrinamiento, como se admite en la sentencia, la alienación parental seguramente se hallaba presente en la especie. Y al jugar en el caso la referida disfunción familiar tiene que recordarse que uno de sus indicadores o manifestaciones primarias es la figura del *pensador independiente*; es decir, que la captación y manipulación no se identifica en la superficie, por lo que la verbalización del niño o adolescente pretende hacer creer que su rechazo al progenitor es exclusivamente propio **(60)**.

En los casos indicados, el adolescente alienado suele afirmar en las audiencias, con total convencimiento, que nadie lo ha influenciado y que su rechazo al padre es una decisión exclusivamente propia. Efectivamente, el niño o adolescente —debidamente instrumentado— cree firmemente que lo que dice y decide le pertenece, que es un sentimiento genuino de él, que no es un aleccionado, por lo que se expresa convencido de que sus palabras fluyen espontáneamente y que emergen de su propia iniciativa y convicción; todo lo cual complica para detectar la alienación parental y, en consecuencia, que se pueda contrarrestar debidamente.

Precisamente, el fenómeno del "pensador independiente" es una de las armas más poderosas que tienen los alienantes a su disposición para la finalidad que persiguen; constituirá una importante coartada cuando hable el hijo, ya que le permitirá a ese progenitor decir al terapeuta o juez: "Lo ven, no soy yo el que lo dice, es él; mi hijo dice lo que siente y piensa". No es casual, como antes lo señalamos, que en el caso que estamos comentando haya sido

via Eugenia, "Infancia, autonomía, y protección especial: un contrapunto necesario a la luz del principio de vulnerabilidad", JA, 2017-II, p. 13, fasc. 7; VALENTE, Soledad, "Autonomía progresiva y paternalismo justificado: ¿una tensión irreconciliable?", RDF 84, 65; KRASNOW, Adriana N., "Interés superior del niño, principio de autonomía progresiva y derecho de participación de niñas, niños y adolescentes. Una tríada inescindible", RDF 86, 85.

(58) Ver CSJN, "M., G. c. P., C. A.", 26/06/2012, LA LEY, 2012-D, 601, Cita Online AR/JUR/27892/2012; CNCiv., sala B, "P., S. R. c. B., P. H.", 20/04/2018, Cita Online AR/JUR/45214/2018.

(59) Ver CNCiv., sala H, "Y., S. c. F. J., 17/07/2015, expte. N° 76.849/2013.

(60) Ver BAKER, Amy J. L., "Hijos del SAP", Ed. Almuzara, Madrid, 2017, p. 22.

la propia madre excluyente la que pidiera a la Corte provincial que se escuche a su hijo. Y es así, pues, que los jueces intervinientes terminaron creyendo engañosamente que ese adolescente se expresaba con "ideas y conceptos bien claros y definidos", como se dice en el pronunciamiento; cuando en verdad era todo lo contrario.

El fallo de la Suprema Corte de Mendoza, en síntesis, se sustentó en *premisas falsas*; y por eso merece nuestra reprobación.

Comentarios Jurisprudenciales

ADOPCIÓN PLENA

Convocatoria pública. Niño que padece una discapacidad. Pretensos adoptantes con hipoacusia y que no estaban anotados en el Registro de Adopción. Concesión. Pedido de cambio de nombre que no afecta la identidad del niño.

Con nota de Luz M. Pagano

1. — Hay muchísimas personas sordas que son madres o padres y que se ocupan de un modo muy responsable del cuidado de sus hijos, por lo cual esta condición —ni ninguna otra— puede ser excusa para impedirles la filiación adoptiva.

2. — La relación entre el niño y sus guardadores se observa como muy beneficiosa para aquel, quien tiene sus derechos satisfechos en los términos pretendidos por la Convención sobre Derechos de los Niños. De las pruebas se puede inferir que esto tiene la misma proyección hacia el futuro, motivo por el cual es positivo el emplazamiento filiatorio pretendido pues le dará a esta unión estabilidad y continuidad.

3. — La decisión se inclinó hacia los guardadores (personas hipoacúsicas) porque se valoró que por sus experiencias de vida eran dos personas que entendían muy bien lo que significaba vivir en una sociedad que muchas veces es hostil con las personas que no se encuentran en los estándares medios y estas vivencias los habían fortalecido de modo que son personas que gozan de sus derechos y que tienen muy aceitados los mecanismos para eliminar aquellas barreras que la sociedad tiene levantadas. No solo empatizan con la situación del niño, sino que también lo comprenden y son grandes maestros para enseñarle cómo vivir de un modo pleno.

4. — Los pretensos adoptantes habían intentado realizar los trámites para la inscripción del registro de adoptantes de su provincia y nunca pudieron terminarlos. Se sintieron excluidos y que no hubo predisposición por parte de quienes los han atendido para poder establecer una comunicación. Quizás es una sensación personal de ellos porque están acostumbrados a vivir en una sociedad que les impide el acceso a ciertos derechos y quizás fue el sistema que no les autorizó el acceso, por ello, la importancia de generar espacios para evitar estas exclusiones, situación que impone un plus de responsabilidades laborales a los operadores.

5. — La legislación no solo lo autoriza, sino que, además, obliga al Estado a la eliminación de todas las barreras que coarten los derechos de las personas con discapacidad —en el caso, personas hipoacúsicas—, quienes tienen el mismo derecho a ser evaluadas como posibles adoptantes que tienen las demás personas en nuestro país.

6. — En la práctica tribunalicia suele haber cierto desaire hacia las familias de tránsito en el momento de trabajar la inclusión en la familia adoptiva. Facilitar la comunicación directa entre la familia solidaria y la adoptiva es una circunstancia que debe ser propiciada (no impuesta) por los tribunales porque favorece los derechos de lxs niñxs y adolescentes. Desde el sistema legal de protección integral (ley 26.061) se pretende que el período preadoptivo se transite en grupos familiares (solidarios) en lugar de estar viviendo en instituciones, lo cual trae muchísimos beneficios. Permitir que lxs niñxs y adolescentes cesen la convivencia con esta familia de una manera afectuosa y respetarles que mantengan una vinculación con estos referentes afectivos —con quienes han generado una relación familiar socioafectiva—, es un aspecto muy relevante dentro del análisis de su interés superior.

7. — El Código Civil y Comercial propone un sistema de adopción que tiene como centro la observación de los derechos de lxs niñxs o adolescentes y para ello tenemos que analizar su vida desde una manera lineal, por lo cual, es importante el respeto de su derecho a conocer su realidad biológica, los motivos por los cuales la vinculación con esa familia se vio interrumpida y también qué pasó entre ese momento de sus vidas y el día en que inicia la nueva convivencia familia (todo ello es parte de "sus orígenes").

8. — La modificación del segundo nombre de pila del niño adoptado por una pareja de personas hipoacúsicas se trata de una petición que no altera la regla prevista en el art. 623, Cód. Civ. y Com. y conjuga en forma adecuada el derecho del niño con el derecho de las personas adultas que están peticionado la modificación. Los fundamentos expresados son absolutamente atendibles. "G." no es un nombre con el cual él se sienta identificado, por cuanto nunca lo ha usado. Por ende, no se observa una afección a su identidad si se lo reemplaza por "J". En cambio, sí produce un cambio que es muy beneficioso para sus padres porque es cierto que este otro nombre les resulta más sencillo

de pronunciar y les facilitaría la tarea de informar el nombre de su hijo.

9. — Los adoptantes no se encuentran inscriptos conforme el art. 600 del Cód. Civ. y Com. porque el registro provincial considera que las personas que han iniciado un proceso de guarda por el llamado realizado a través de una convocatoria pública no deben inscribirse en el registro, razón por la cual no se exigió su inscripción en este caso para no dilatar innecesariamente los plazos procesales.

UProcesal de Flia Nro. 11, General Roca, 26/11/2021. - G., J. J. y R., C. A. s/ adopción.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/202090/2021]

Expte. N° O-2RO-55-F11-18

General Roca, noviembre 26 de 2021.

Resulta:

En fecha 11/08/2021 se presentan los Sres. C. A. R. y el Sr. J. J. G., con el patrocinio letrado de la Dra. Ana María Streidenberger, solicitando se les otorgue la adopción plena del niño B. G. L., nacido el día 13 de agosto del año 2015 en la ciudad de General Roca, Provincia de Río Negro, cuyos datos surgen del acta de nacimiento agregada en autos conexos.

Denuncian como antecedente el dictado de la sentencia de guarda con fines de adopción dictada en autos "L., B. G. s/ declaración de adoptabilidad" (Expte. N° O-2RO-55-F11-18), en trámite ante este mismo tribunal. Consideran que a raíz del otorgamiento de la citada guarda, son la familia que B. necesita para su desarrollo integral y que la adopción plena es respetuosa de su interés superior.

En fecha 13/08/2021 se tiene por presentadas a las partes, obran certificados de reincidencia negativos emitidos por el Registro Nacional de Reincidencia y se abre la causa a prueba.

En fecha 07/10/2021 se encuentra agregado el informe del Equipo Técnico Interdisciplinario del tribunal, quienes habían participado en el proceso de guarda preadoptiva previo a la elección de la familia guardadora. De su informe se desprende: "Desde el inicio del proceso de vinculación los Sres. C. R. y J. G. mostraron disponibilidad afectiva y motivación para brindarle a B. un lugar de hijo atendiendo a toda la complejidad que implica atender su discapacidad y al mismo tiempo implementar estrategias de comunicación, estableciendo rutinas de cuidado y aprendizaje. En este sentido ambos adultos pueden solicitar ayuda cuando es necesario y cuentan con personas del entorno que se configuran en apoyos sumamente significativos, como la Sra. B. B., o los familiares del Sr. C. R. En especial la abuela, Sra. E. N., quien se comunica con ellos de manera frecuente teniendo videollamadas con su nieto. En la dinámica familiar que establecieron ambos miembros de la pareja se alternan los roles y participan del cuidado de B. Logran que el niño sea atendido en sus necesidades dentro de un proyecto familiar que le impone desafíos de aprendizajes, lo que permite que se desarrolle más integralmente en relación a las distintas áreas de comunicación. Actualmente a B. se lo observa integrado a su familia, estableciendo un vínculo de apego con ambas figuras parentales, siendo cuidado y atendido de la mejor manera posible, teniendo además contacto con otras personas del entorno: familiares, docentes, amigos, y profesionales que le permiten una socialización rica en intercambios y adecuada a su situación personal". En virtud de la forma en que se conceptualizó la situación, al nivel alcanzado al momento de la intervención, entendieron que hacer lugar a la adopción solicitada se corresponde con el mejor derecho y bienestar del niño.

En fecha 20/10/2021 se celebró audiencia en el domicilio de los peticionantes, en la que estuvieron presentes el niño, sus padres (quienes estuvieron asistidos en forma virtual por su letrada patrocinante), la intérprete de lenguas de señas, dos integrantes del equipo interdisciplinario y la Sra. Defensora de Menores subrogante (también participó en forma virtual). Del acta de audiencia surge: "Se observa la relación entre B., J. y C. con un trato muy afectuoso que es mutuo. Relataron que todas las actividades que están desarrollando para la atención médica de B., a quien se lo ve muy bien, muy contenido y se nota a través de su comportamiento que está feliz en esta integración familiar. Por su parte, J. y C. también expresaron que están felices en esta nueva etapa de la vida que están transitando y que las complicaciones diarias que les produce el ejercicio de la paternidad las están disfrutando muchísimo porque ven muy bien a B. y eso los motiva para seguir este camino y los hace sentir bien y muy a gusto con su nueva realidad de vida. Han expresado su deseo de consolidar formalmente su familia y que B. pueda llevar el DNI con sus apellidos. Al respecto, expresaron que desean que B. quede inscripto con los apellidos G. R. y también que se modifique el segundo nombre de B. y se reemplace el nombre G. por el nombre J. Explicaron que esta modificación tiene un fundamento fonético porque la palabra G. no es de fácil pronunciación para ellos, en cambio J. la pueden decir de un modo que resulte claro para sus interlocutores. De este modo, saben que en ciertas situaciones sería más beneficioso para poder comunicar el nombre del niño hacia terceras personas en caso de ser necesario."

En fecha 02/11/2021 obra agregado el dictamen de la Sra. Defensora de Menores subrogante, quien refiere: "Considero que los peticionantes se encuentran aptos para el ejercicio de la responsabilidad parental, asumiendo y garantizando el bienestar superior del niño. Por lo expuesto, entiendo pertinente hacer lugar a la adopción solicitada, debido a que se encuentra acreditado en autos que los peticionantes mantienen con B. el trato adecuado de hijo. Sumado a que se encuentra reunidos los requisitos legales establecidos en el art. 625 del Cód. Civ. y Comercial, para que V.S pueda declarar la adopción plena del mismo. Como último punto, se presta conformidad, con la solicitud de la familia de proceder a que B. quede inscripto con los apellidos G. R. y también que se modifique el segundo nombre de B. y se reemplace el nombre G. por el nombre J., dado los fundamentos dados por los mismos en la audiencia respectiva."

En fecha 02/11/2021 pasan los autos para dictar sentencia.

Considerando:

El inicio de estas actuaciones se produce como uno de los efectos jurídicos que ha tenido el dictado de la resolución de fecha 19 de febrero de 2021 mediante la cual se ha otorgado la guarda con fines adoptivos del niño B. G. L. a lxs Sres. C. A. R. y J. J. G. El proceso de guarda iniciado en ese momento tenía como finalidad que, a través de la convivencia diaria, se pudiera generar un vínculo paterno-filial entre los guardadores y el niño, procurándose que con el tiempo este vínculo personal quedara emplazado jurídicamente a través de la filiación adoptiva.

Para el dictado de esta sentencia voy a correrme de las formas habituales de trabajo y esto tiene una razón especial: esta sentencia tiene como finalidad principal determinar el emplazamiento filiatorio adoptivo de B. pero también tiene una segunda finalidad que es la de poder relatar esta historia familiar, para darla a conocer públicamente y que sirva de ejemplo para otras personas en su búsqueda de la satisfacción de sus derechos. Dejo aclarado que antes de proyectar esta sentencia, hemos conversado sobre esta segunda función con sus protagonistas, quienes observaron la importancia de que este documento sea una herramienta para la difusión de su historia, como un acto más de su activismo para el reconocimiento y ejercicio efectivo de los derechos de todas las personas. El contenido de esta sentencia es una construcción colectiva y la decisión jurídica es personal de quien la suscribe, en razón de las funciones propias que tengo como magistrada.

Para cumplir con esta finalidad, se me ocurre emplear el concepto de "justicia dialógica" que propone Roberto Gargarella (me remito a la obra que el autor coordina: Por una justicia dialógica. El Poder Judicial como promotor de la deliberación democrática, Siglo XXI editores, Buenos Aires, 2014), con algunas adaptaciones, ya que este diálogo tiene como destinatarias a todas las personas que integran nuestra sociedad, es decir a las o los ciudadanxs comunes, y también a los registros de adoptantes locales y al de Nación, a quienes —por razones de competencia— no les puedo ordenar el armado de una agenda de trabajo con ítems determinados, sino solamente hacerles llegar una serie de ideas que los inviten a reflexionar y a revisar sus regulaciones internas y sus prácticas cotidianas.

No voy a usar este espacio para hacer citas jurídicas, porque se trata de información accesible para quienes tengan interés en la temática, y el objetivo de este texto es hacer un aporte desde el criterio de realidad para que nos detengamos a ver cómo con pequeños actos abrimos o cerramos puertas en el ejercicio de los derechos. Esos pequeños gestos son los que hacen operativos o frustran los derechos de las personas y por ello es tan importante que nos detengamos a reflexionar sobre nuestras conductas para no seguir repitiendo pautas de trabajo que son perjudiciales para el sistema de derechos. Utilizo el espacio que me da la sentencia por la amplia difusión que tienen actualmente las sentencias judiciales, gracias al lugar que ocupan y el trabajo que realizan las áreas de comunicación judicial y cómo nutren con esa información a los medios de difusión masivos. Por otro lado, me consta que lo escrito en las sentencias perduran en el tiempo mucho más que lo dicho en un artículo de doctrina, en un artículo periodístico o en una disertación dada en un congreso o una clase, ya que se transforman en textos que aparecen en forma recurrente en las capacitaciones profesionales, por lo cual eso va a permitir que este diálogo con la sociedad y con los operadores no se agote en el corto plazo.

Hago otra aclaración preliminar, que posiblemente sea necesaria para una mejor comprensión de este texto: en más de una ocasión me expreso en primera persona del plural y eso se debe a que el trabajo interdisciplinario que hacemos en este tipo de causas es conjunto entre la suscripta y lxs tres profesionales de equipo interdisciplinario, en donde el equipo trabaja en forma trasversal entre la abogada (jueza), la psicóloga, el trabajador social y la psicopedagoga, a diferencia del modelo tradicional que imponen los Poderes Judiciales en donde se deja establecida una supremacía entre quienes tenemos título de abogadx frente a las otras especialidades. Este modelo tradicional se choca de bruces con la propuesta interdisciplinaria adecuadamente entendida e implementada.

El inicio de esta historia lo voy a retrotraer hasta el momento en que quedó firme la sentencia de adop-

tabilidad del niño, quien en ese entonces tenía cuatro años de edad. De manera inmediata se inició la búsqueda de posibles adoptantes entre las personas inscriptas en el registro local (RUAGFA) y se amplió la búsqueda hacia otros registros de la provincia. Ambas búsquedas arrojaron resultados negativos porque no había personas anotadas que estuvieran en condiciones de ahijar a este niño, por diversas cuestiones que han sido observadas y analizadas en el expediente.

En esa circunstancia tomamos la decisión de realizar una convocatoria pública, para lo cual hemos realizado un trabajo conjunto entre quienes integran el equipo interdisciplinario del tribunal, la Defensora de Menores, las responsables del área de comunicación del poder judicial y el ministerio público y contamos con la asistencia técnica del área de diseño gráfico del Poder Judicial, el RUAGFA y el asesoramiento de una especialista externa, la Lic. Federica Otero, quien sugirió algunas ideas que fueron útiles para el trabajo desarrollado. El objetivo de esta tarea era poder encontrar la mejor familia para B. y, para ello, era necesario que muchas personas de nuestra comunidad la conocieran para que, quienes sintieran que cumplían las condiciones adecuadas, se pusieran en contacto con el tribunal. La convocatoria se difundió a través de todas las vías de comunicación del Poder Judicial, se pautaron entrevistas con medios de comunicación masiva (TV, diarios, radios), quienes se sensibilizaron con este trabajo y se pusieron a disposición de un modo muy respetuoso, se pegaron afiches en toda la zona, y mantuvimos conversaciones con referentes y organizaciones comunitarias.

La búsqueda estaba limitada geográficamente a los alrededores de nuestra ciudad porque la vinculación con B. iba a requerir un contacto que debía ser continuado, sin los altibajos que se generan cuando las personas viven en lugares alejados y entre un encuentro presencial y otro puede existir un lapso prolongado. La cercanía permitiría, además, que el acompañamiento del equipo del tribunal pudiera ser más estrecho y se valoró que en esta ciudad hay un hermano y otros miembros de la familia de origen de B. con quienes se pretende que continúe vinculado. En este contexto, hemos realizado una primera convocatoria, sin resultados positivos y decidimos realizar una segunda, con una extensión geográfica un poco mayor, extendiéndonos hacia ciertos sectores de nuestra vecina provincia del Neuquén, y solicitamos la remisión de legajos desde el Registro de Adoptantes de Nación. En esta ocasión recibimos resultados negativos desde los registros y nuevas inscripciones directas, muchas fueron de personas que no cumplían los requisitos pero igualmente buscaban ese medio de comunicación para transmitir algún tipo de mensaje, acompañamiento y notamos que se sumaban personas a pedir información sin un interés real sino con la finalidad de poder conocer más detalles sobre la noticia que habían visto en los medios.

Dentro de este grupo, estaba la pareja conformada por J. y C., quienes informaban su deseo de ahijar y que entendían que cumplían con las condiciones necesarias para ser los padres del niño. Al describirse, informaban que los dos son personas Sordas y este dato es el que determina que esta historia sea distinta a las demás que hemos conocido.

C. y J. se presentaron diciendo que el hecho de no poder oír (o, mejor dicho, oír muy poco) no era un limitante para la crianza de un niño que tiene varios problemas de salud y tiene dificultades para comunicarse porque tenía un escaso desarrollo del habla y muy poca motricidad (en sus piernas y en uno de sus brazos). Cuando concurrieron a la primera entrevista con el equipo del juzgado, lo hicieron acompañados por una amiga que hizo el trabajo de intérprete, porque sabían que el Poder Judicial no contaba con recursos para poder mantener una entrevista en donde la comunicación fuera fluida y profunda. Tenían razón con esta impresión y, con ese pequeño acto, dejaron en evidencia la falencia del Poder Judicial y, asimismo, sus recursos para llevar adelante tantas actividades de su vida cotidiana en una sociedad que no está aún preparada para comunicarse con personas Sordas (utilizo este concepto que se extrae de la cultura Sorda, por la afinidad de sus protagonistas, pero en todo este texto voy a puntualizar en la importancia que tiene el reconocimiento de los derechos de todas las personas, más allá de sus circunstancias, sus problemas de salud, sus condiciones sociales o culturales o económicas, género o elección sexual, etc., y reforzar la premisa de que todas somos Personas con derechos).

Al avanzar con el proceso de selección, la decisión se inclinó hacia esta pareja porque se valoró que por sus experiencias de vida eran dos personas que entendían muy bien lo que significaba vivir en una sociedad que muchas veces es hostil con las personas que no se encuentran en los estándares medios y estas vivencias los habían fortalecido de modo que son personas que gozan de sus derechos y que tienen muy aceitados los mecanismos para eliminar aquellas barreras que la sociedad tiene levantadas. Notamos que ellos no solo empatizan con la situación de B. sino que también lo comprenden y son grandes maestros para enseñarle cómo vivir de un modo pleno.

Este análisis nos hizo reflexionar sobre muchos aspectos, algunos particulares de la situación de B. y otros sobre las situaciones que atraviesan las personas sordas o aquellas que tienen problemas en su salud para poder disfrutar de todos sus derechos con libertad y plenitud.

Una de esas preguntas es: ¿por qué no estaban inscriptos en el registro de adoptantes, puesto que se trata de dos personas que tienen deseo de ahijar, la convicción de que la adopción era la forma de poder satisfacer este deseo y las condiciones personales para emprender esta tarea de un modo responsable? J. y C. habían intentado realizar los trámites para la inscripción del registro de adoptantes de su provincia y nunca pudieron terminarlos porque se sintieron excluidos y que no hubo predisposición por parte de quienes los han atendido para poder establecer una comunicación. Quizás esta es una sensación personal de ellos porque están acostumbrados a vivir en una sociedad que les impide el acceso a ciertos derechos y quizás fue el sistema que no les autorizó el acceso, por ello, la importancia de generar espacios para evitar estas exclusiones, situación que impone un plus de responsabilidades laborales a lxs operadores.

Más allá de su respuesta personal, esta misma pregunta queda abierta a muchas otras personas que están en la misma situación que ellos. Sin meternos en estadísticas oficiales, quienes trabajamos estas temáticas sabemos que son muchas las situaciones en las que lxs niñxs o adolescentes que están en situación de adoptabilidad tienen algún problema en su salud, alguna discapacidad y que en los registros hay muy pocas personas en condiciones para acompañarlxs en su crianza. Por eso mismo, resalto nuevamente que un hecho determinante para la elección de estos padres fue evaluar el nivel tan profundo y cierto de comprensión de la realidad de este niño.

Sabemos que hay muchísimas personas sordas que son madres o padres y que se ocupan de un modo muy responsable del cuidado de sus hijxs, por lo cual esta condición (ni ninguna otra) puede ser excusa para impedirles la filiación adoptiva. Por eso, nos seguimos preguntando y les pregunto a los registros: ¿por qué no hay personas sordas o personas que tienen alguna discapacidad inscriptas en sus listados para poder adoptar?

Hace unos pocos meses leía una nota publicada en la página del Poder Judicial de la provincia de Santiago del Estero titulada "Acompañan a una persona con discapacidad en el proceso de adopción" y explicaban lo siguiente: "Una experiencia inédita lleva adelante el Registro Único de Aspirantes a la Adopción (RUA) del Poder Judicial provincial, conjuntamente con el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS), dependiente del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, mediante la que se procura brindar al proceso de adopción la accesibilidad necesaria en materia de discapacidad. (...) Finalmente, la funcionaria local aseveró: Para remover esas barreras y lograr la plena inclusión y participación de todos en todos los ámbitos de la vida, que es lo que nos propusimos con ADAJUS, a fin de que las personas puedan acceder al proceso de inscripción y evaluación en igualdad de condiciones; proporcionándoles los ajustes razonables necesarios" (publicada en agosto de 2021, https://www.jussantiago.gov.ar/web/#/novedades;id=7787).

Esta información ratifica la sospecha de que no existen estas inscripciones. Lo que no se entiende es por qué, ya que nuestra legislación no solo lo autoriza sino que, además, obliga al Estado a la eliminación de todas las barreras que coarten los derechos de las personas con discapacidad, quienes tienen —según la ley vigente— el mismo derecho a ser evaluadas como posibles adoptantes que tienen las demás personas en nuestro país (hablo en términos genéricos porque es útil aplicar este concepto convencional, sin perjuicio de conocer y respetar que hay un colectivo de personas Sordas que consideran que la CDPC no las incluye). Estas puertas que se les cierran a estas personas adultas, son caminos que se les coartan también a estxs niñxs o adolescentes que no tienen la posibilidad de iniciar una vinculación familiar y tener satisfecho su derecho a vivir en familia. Como se observa, el déficit es grande y el daño es múltiple.

No puedo desconocer que hemos tenido reparos cuando nos enteramos que una de las parejas inscriptas estaba integrada por dos personas Sordas, porque nos preguntábamos cómo podrían interactuar con un niño que tenía tantas dificultades para comunicarse. Por suerte, esos reparos —a los que en debida forma debo llamar "prejuicios", los que aún tenemos pese a nuestra formación y compromiso con los derechos humanos y los que tenemos que detectar y aceptar para poder propiciar cambios en nosotrxs mismxs— no impidieron que citemos a C. y a J. para conocerlos en persona y permitirles que pudieran enseñarnos aspectos muy interesantes de sus vidas cotidianas. Este contacto nos hizo apreciar que se iban a poder comunicar con el niño sin mayores inconvenientes, porque tienen suficientes recursos para ello y, de algún modo, encontrarían caminos para superar nuevos desafíos.

La pandemia prolongó los tiempos del primer contacto entre B. y sus papás, pero ello tuvo también sus beneficios porque en ese tiempo estuvo viviendo con una familia solidaria (así se las denomina en nuestra provincia), una familia integrada por una mamá y tres hijxs pequeños, uno de los cuales también tiene una discapacidad, y ella es terapeuta de equinoterapia (por esa actividad conocía previamente a B.). En esos meses, B. pudo vivir en un núcleo familiar, a diferencia del lugar en donde residía previamente que era una institución. Esta dinámica y el acompañamiento de cada integrante de este grupo (no importan sus

edades, cada unx aportó lo suyo), permitieron que B. desarrollara nuevas aptitudes, lo cual facilitó el tránsito hacia su hogar definitivo. Los primeros encuentros entre B. y sus papás se hicieron en la casa de esta familia, en febrero de este mismo año y no pasaron más de quince días para que se dictara la resolución de guarda preadoptiva y él estuviera viviendo en su nueva casa, con su familia. Este tránsito ocurrió de manera muy natural y la conexión y comunicación entre el niño y sus padres en ningún momento fue un problema. Las expresiones de felicidad de B. en estos primeros encuentros daban cuenta de lo bien que se sentía, tal como lo dejé indicado en la resolución de guarda.

Destaco el rol que ocupó esta familia solidaria (en especial, de la mujer a cargo de esta familia monoparental, quien asumía las tareas de cuidado, con todo lo que ello implica) en la transición entre una vivienda y otra porque eran las personas que conocían a B. y eran las que mejor podían indicarles a sus papás cómo era vivir con él. Esto agilizó mucho los tiempos ya que permitió una comunicación directa en lugar de que fuera una comunicación intermediada por lxs profesionales intervinientes, por lo cual la comunicación fue mucho más fluida (sin perjuicio que hubo una supervisión y acompañamiento constantes).

Al advertir que en la práctica tribunalicia (de todo el país, tal como se ve en las noticias) suele haber cierto desaire hacia estas familias de tránsito en el momento de trabajar la inclusión en la familia adoptiva, considero importante mencionar que nuestro actual Cód. Civ. y Comercial propone un sistema de adopción que tiene como centro la observación de los derechos de lxs niñxs o adolescentes y para ello tenemos que analizar su vida desde una manera lineal, por lo cual, es importante el respeto de su derecho a conocer su realidad biológica, los motivos por los cuales la vinculación con esa familia se vio interrumpida y también qué pasó entre ese momento de sus vidas y el día en que inicia la nueva convivencia familia (todo ello es parte de "sus orígenes"). En este período intermedio están las familias solidarias y, desde el sistema legal de protección integral (ley 26.061), se pretende que este período se transite en grupos familiares en lugar de estar viviendo en instituciones, lo cual trae muchísimos beneficios. Permitir que lxs niñxs y adolescentes cesen la convivencia con esta familia de una manera afectuosa y respetarles que mantengan una vinculación con estos referentes afectivos —con quienes han generado una relación familiar socioafectiva—, es un aspecto muy relevante dentro del análisis de su interés superior. Por ello, facilitar la comunicación directa entre la familia solidaria y la adoptiva es una circunstancia que debe ser propiciada (digo "propiciada", no "impuesta") por los tribunales porque favorece los derechos de estxs niñxs y adolescentes.

Hace unas pocas semanas tuvimos el gusto de ir a la casa de B. y su familia y ver cómo viven (la audiencia previa al dictado de esta sentencia fue tomada en la vivienda familia, en lugar de tomarla en el tribunal, como es habitual). La conclusión es que B. está muy bien (más coloquialmente, podría decir que está bárbaro), recibe muchísimo cariño (lo que es maravilloso para él porque es súper mimoso) y también recibe todos los cuidados que él necesita y de la manera que él los necesita. Por otro lado, están muy bien sus dos papás, a quienes les cambió la vida de un modo inimaginable y han manifestado que esta relación familiar es un sueño cumplido.

Con todo lo que hemos apreciado durante estos meses, no tengo dudas que la familia elegida para B. es la mejor que hemos podido seleccionar y que esta idea inicial de que J. y C. iban a comprender a B. y desde ese lugar de comprensión iban a pensar y poner en práctica las mejores estrategias para su crianza, quedó confirmada con el paso del tiempo. Su proyecto familiar cuenta con un sólido acompañamiento de familiares y amigxs, que en ocasiones funcionan como apoyos, y aportan beneficios a la dinámica familiar para que tengan una buena calidad de vida. La valoración de las pruebas agregadas en el expediente me lleva a concluir que el vínculo paterno-filial se ha formado, que esta vinculación permite la identificación de B. como hijo de C. y J. (a quienes reconoce y busca cuando necesita contención) y que entre los tres forman un grupo familiar nuclear con las características de homogeneidad que los unen y distinguen frente al resto de la sociedad e integran una familia ampliada en la que B. también ha logrado sentir su pertenencia, al igual que con la pertenencia al grupo de amistades cercanas de sus papás, importantes referentes afectivos.

Consecuentemente, esta relación se observa como muy beneficiosa para el niño, quien tiene sus derechos satisfechos en los términos pretendidos por la Convención sobre Derechos de los Niños. Por su parte, de las pruebas obrantes se puede inferir que esto tiene la misma proyección hacia el futuro, motivo por el cual es positivo el emplazamiento filiatorio pretendido pues le dará a esta unión estabilidad y continuidad.

Por lo tanto, debo concluir en que el otorgamiento de la adopción plena del niño B. a lxs Sres. C. A. R. y J. J. G. satisface plenamente el interés superior de este niño, cumpliéndose con esta decisión con el control de los recaudos que están establecidos en las leyes que regulan este proceso y con los principios y directivas de jerarquía supralegal. En este sentido, las Directrices de Riad destacan que "se deberá recurrir a otras posibles modalidades de colocación familiar, entre ellas los hogares de guarda y la adopción, que

en la medida de lo posible deberán reproducir un ambiente familiar de estabilidad y bienestar y, al mismo tiempo, crear en los niños un sentimiento de permanencia, para evitar los problemas relacionados con el desplazamiento de un lugar a otro" (Directriz 14 de Riad, elaborado por la Asamblea General de la ONU en el año 1990).

Para concluir este relato y que se comprenda el mensaje que sus protagonistas quieren dar a la sociedad, me parece significativa la frase que dice el músico Alejandro Davio cuando estaba proyectando con León Gieco ese excepcional trabajo que hicieron con "Mundo Alas": "Vamos a dar señales de que estamos vivos y de que vamos por más" (Documental "Mundo Alas", https://www.youtube.com/watch?v=UDnbAvbKyfg, minuto 6:57, el que recomiendo ver en su extensión).

C. y J. saben que esta historia está abriendo puertas a tantas otras personas que tienen sus mismos deseos y no encuentran aceptación por parte de un sistema que proclama derechos pero continúa siendo muy hermético e impide que estos derechos logren consagrarse.

Para mensurar estos dichos, nos han comentado que recibieron mensajes de más de 150 personas de todo el país (que se enteraron por comentarios de boca en boca, porque no hubo difusión pública) que les pedían que les explicaran cómo habían podido obtener la guarda adoptiva de un niño. Estas personas son algunas de las que están hoy en día fuera del sistema, mientras tenemos colmadas las listas de los registros de adoptantes con personas que no tienen deseos o no están en condiciones para ahijar a un montón de niñxs o adolescentes que necesitan vivir con una familia. Sé que este es uno de los temas de agenda que tiene la DNRUA y tal vez acá tengan una arista de trabajo que permita modificar las estadísticas que surgen de sus registros en cuanto a las capacidades adoptivas de sus inscriptxs (y aprovecho la atención de lxs lectores para decir que también habría que convocar a personas que ya tienen hijxs para que se inscriban en estos registros, porque aún está circulando la idea de que la adopción es solo para personas sin hijxs y nos estamos perdiendo un caudal muy importante de familias muy valiosas que tendrían excelentes condiciones para la integración adoptiva).

Respecto a la modificación del segundo nombre de pila del niño, considero que los fundamentos expresados por C. y por J. son absolutamente atendibles. "G." no es un nombre con el cual él se sienta identificado, por cuanto nunca lo ha usado. Por ende, no observo una afección a su identidad si se produce esta modificación y se lo reemplaza por J. En cambio, sí produce un cambio que es muy beneficioso para sus padres porque es cierto que este otro nombre les resulta más sencillo de pronunciar y les facilitaría la tarea de informar el nombre de su hijo, tal como lo indicaron cuando estuvimos en la audiencia. Se trata de una petición que no altera la regla prevista en el art. 623 Cód. Civ. y Comercial y conjuga en forma adecuada el derecho del niño con el derecho de estas personas adultas que están peticionado la modificación. En cuanto a la inscripción del apellido, deberá inscribirse el apellido como "G. R.", de modo tal que su nombre completo será a partir de dicha inscripción "B. J. G. R.".

Por otra parte, resta evaluar el mantenimiento de los vínculos entre B. y su hermano D., quienes se reencontraron recientemente, primero a través de medios telemáticos y días más tarde en forma presencial, luego de un período de distanciamiento que estuvo marcado por la pandemia. Estos primeros encuentros fueron muy significativos para ambos niños y es el comienzo de una nueva forma de vinculación que se observa como muy positiva y así ha sido comprendida y vivenciada por todxs lxs adultxs involucradxs. En este contexto, considero que en este caso están dadas las condiciones para dejar establecido el mantenimiento del vínculo entre B. y D., sin perjuicio que en el futuro esta decisión pueda ser modificada por hechos sobrevinientes.

Con relación a la falta de inscripción en el "registro de adoptantes" (art. 600 inc. b Cód. Civ. y Comercial) de quienes pretenden esta adopción, dejo aclarado que no se encuentran inscriptos porque el registro provincial (en concordancia con la interpretación que realiza el Consejo Consultivo de la Dirección del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos, según ha sido informado por el registro local) considera que las personas que han iniciado un proceso de guarda por el llamado realizado a través de una convocatoria pública no deben inscribirse en el registro, tema que he cuestionado en resoluciones dictadas en otras actuaciones en las que se denegó la inscripción registral y la Cámara confirmó la postura del RUAGFA, razón por la cual no he exigido su inscripción en este caso para no dilatar innecesariamente los plazos procesales. Sin perjuicio, antes del otorgamiento de la guarda se han realizado las evaluaciones habituales que exige el registro para su inscripción. Con esta aclaración y a los fines de evitar que en el futuro se realicen interpretaciones distintas, dejo aclarada esta cuestión para que la falta de inscripción no pueda configurar un supuesto de nulidad en los términos previstos en art. 634 Cód. Civ. y Comercial.

Por lo expuesto, la conformidad prestada por la Sra. Defensora de Menores y lo normado en los arts. 558, 559, 615, 616, 617, 618, 619 inc. a), 621, 623 y 624, ss. y cc. Cód. Civ. y Comercial, art. 3, 20, 21 y cc. CDN,

Op. Cons. 17 CIDH, leyes 26.061 y 4109 RN, fallo: 1) Concediendo a los Sres. C. A. R. (DNI ..., de nacionalidad argentina, y J. J. G. (DNI ...), de nacionalidad argentina, la adopción plena del niño B. G. L. (DNI ....), nacido el día ... de agosto de 2015 en la localidad de General Roca, provincia de Río Negro, inscripto en el Acta ..., F° ..., del libro de nacimientos del año 2015, T. III de la oficina del Registro Civil de General Roca, con efectos retroactivos al día del otorgamiento de la guarda preadoptiva (19/02/2021), manteniéndose el vínculo fraterno con su hermano D. J. E. 2) Modifíquese el segundo nombre de pila, G., y reemplácese por J. y el apellido del niño debiendo consignarse como "G. R.", de modo tal que su nombre completo quede inscripto como "B. J. G. R.". 3) Regulo los honorarios de la Dra. Ana María Streidenberger, Defensora Oficial, en la suma de $... (...JUS), en aplicación de lo normado en los arts. 6, 7, 8 y 9 LA. Costas por su orden. Los honorarios regulados no podrán ser ejecutados hasta tanto cese el beneficio de litigar sin gastos, conforme lo establece el art. 78 y ss. Cód. Procesal. Al momento del pago, las sumas indicadas deberán ser depositadas en una cuenta bancaria del Poder Judicial, la que será informada por el organismo respectivo, no pudiéndose entregar en mano a ningún funcionario o empleado judicial. 4) Regulo los honorarios de lxs peritos intérpretes de señas Ayelén Prado y Nahuel Sepulveda, en forma conjunta, en la suma de $... (... JUS), los que se regulan teniendo en consideración la actividad realizada y el tiempo destinado a estas tareas. En base a lo informado previamente por la Administración General del Poder Judicial, conforme el mail remitido a la suscripta en fecha 05/03/2020, estas sumas serán abonadas por el Poder Judicial de la provincia de Río Negro, para lo cual se deberán realizar las respectivas diligencias. 5) Regístrese y notifíquese. 6) A los fines de la inscripción de esta resolución, líbrese oficio digital al Registro Civil y Capacidad de las Personas de esta provincia con asiento en la ciudad de Viedma, ordenándose la expedición de nueva partida de nacimiento con los recaudos impuestos por el art. 559 Cód. Civ. y Comercial, dándose cumplimiento a lo previsto en los apartados 1) y 2) de este resolutorio. 7) Requiérase al equipo interdisciplinario que tome contacto con la Sra. C. y le informe sobre el dictado de esta sentencia, pudiendo entregarle una copia. 8) Líbrese oficio al RUAGFA (a la sede central, de la ciudad de Viedma) a los fines que tome conocimiento del resultado de la convocatoria pública que fuera realizada en su oportunidad. 9) Expídase testimonio para las partes. — *Moira Revsin.*

Sorteando los obstáculos que despliegan terceros (a veces sin ánimo de discriminar) (*) hacia la discapacidad

Luz M. Pagano (**)

Sumario: I. El caso.— II. El derecho a vivir en una familia.— III. Infancia con discapacidad.— IV. La búsqueda de una familia para B.— V. Postulantes con discapacidad.— VI. El respeto por sus orígenes en sentido lato.— VII. Nombre y apellido del niño adoptado.— VIII. Los apoyos.— IX. Brevísimo cierre.

I. El caso

Habiéndose cumplido el plazo de la guarda preadoptiva se presentaron los Sres. C. A. R. y J. J. G. solicitando la adopción plena del niño B. G. L. de 6 años de edad, la inscripción con los apellidos G. R. y el cambio del segundo prenombre de "G." por "J.".

La jueza, con la conformidad del Ministerio Público —quien consideró acreditado el trato de hijo dispensado por los solicitantes, así como el cumplimiento de todos los recaudos legales establecidos en el art. 625 del Cód. Civ. y Com.—, hizo lugar a la adopción en la forma pedida.

El fallo en análisis tiene valiosas aristas para explorar. Es la propia magistrada la que señala que este aspira a cumplir dos objetivos. El primero y principal, objeto del proceso, radica en emplazar al niño en el estado filial adoptivo; el segundo en relatar la historia familiar y darla a conocer públicamente para que sirva de ejemplo para otras personas en su búsqueda por la satisfacción de sus derechos. No intenta redactar una obra jurídica sino hacer su aporte para que desde el criterio de realidad se pueda advertir como pequeños gestos permiten hacer operativos o frustrar los derechos de las personas. Para ello cuenta con la expresa anuencia de sus protagonistas.

II. El derecho a vivir en una familia

Junto con el mandato constitucional de "protección a la familia" **(1)**, distintos instrumentos de derechos humanos de rango constitucional (art. 75, inc. 22, CN) valoran y reconocen el rol fundamental que cumplen las familias **(2)**, y en forma más o menos explícita admiten a su vez el consiguiente derecho de toda persona, en especial quienes conforman grupos que revisten mayor vulnerabilidad, a vivir en familia **(3)**.

(*) Son las denominadas "barreras actitudinales".

(**) Abogada (UBA), especialista en derecho de familia (UBA). Ex defensora pública curadora. Docente de posgrado, UBA y UNS y en otras universidades del país.

(1) Art. 14 bis, párr. 3°, CN.

(2) Cuyo vocablo define a un colectivo social de protección jurídica, el que encuentra materialización en cada una de las facetas de las relaciones familiares de sus integrantes. LLOVERAS, Nora, "La perspectiva de derechos humanos en las relaciones de familia e infancia", en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 48.

(3) Arts. V y VI, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; arts. 12 y 16, Declaración Universal de Derechos Humanos; art. 10, Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; arts. 17

Ya enfocados en las personas con discapacidad (PCD) otros documentos internacionales corroboran el derecho a vivir en el seno de su familia o de un hogar que la sustituya **(4)**.

Nos interesa detenernos en la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CDPD), que instala el modelo social de la discapacidad y reconoce, garantiza y ordena a los Estados Partes a lo largo de su articulado promover, proteger y asegurar que todas las PCD gocen plenamente y en condiciones de igualdad con las demás de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

El art. 23, titulado "Respeto del hogar y de la familia", se destina al tópico en tratamiento, estableciendo el deber de los Estados Partes de adoptar las medidas efectivas y pertinentes para poner fin a la discriminación contra las personas con discapacidad en todas las cuestiones relacionadas con el matrimonio, la familia, la paternidad y las relaciones personales, y lograr que las personas con discapacidad estén en igualdad de condiciones con las demás.

En este precepto, entre las medidas mencionadas, se les reconoce a los adultos el derecho a fundar una familia incumbiendo a los Estados Partes prestar la asistencia apropiada a las PCD para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos.

Desde la perspectiva general de la infancia, todo/a niño/a tiene el derecho a vivir en familia. Y en primer término con su familia de origen. Ya desde el Preámbulo la CDN reconoce la importancia que para el pleno y armonioso desarrollo de la personalidad del niño tiene crecer en el seno de la familia, en un ambiente de felicidad, amor y comprensión. De allí la obligación para los Estados Partes de velar porque el niño no sea separado de sus padres contra la voluntad de estos, salvo cuando, a reserva de revisión judicial, las autoridades competentes determinen que tal separación es necesaria en el interés superior del niño (art. 9), aceptando, en estas situaciones de excepción al principio general de permanencia del NNyA en su entorno familiar, otros tipos de cuidado entre ellos la adopción (art. 20).

Centrado en los niños y las niñas con discapacidad en el art. 23 de la CDPD se establece el deber de los Estados Partes de asegurar que tengan los mismos derechos con respecto a la vida en familia y que en "ningún caso se separará a un menor de sus padres en razón de una discapacidad del menor, de ambos padres o de uno de ellos" correspondiéndoles hacer "todo lo posible, cuando la familia inmediata no pueda cuidar de un niño con discapacidad, por proporcionar atención alternativa dentro de la familia extensa y, de no ser esto posible, dentro de la comunidad en un entorno familiar".

Desde una mirada constitucional-convencional los márgenes de la institución adoptiva se han ido corriendo, distanciándose "del derecho a ser padre" para posicionarse en la "necesidad básica que tiene todo niño de canalizar su derecho a la vida familiar" **(5)**.

Es con esta impronta como el Cód. Civ. y Com. regula la adopción —en el Título VI del Libro II denominado Relaciones de Familia— conceptualizándola como una institución jurídica que tiene por objeto proteger el derecho de niños, niñas y adolescentes a vivir y desarrollarse en una familia que le procure los cuidados tendientes a satisfacer sus necesidades afectivas y materiales, cuando estos no le pueden ser proporcionados por su familia de origen. Enton-

y 23, Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; art. 16, Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; Preámbulo, Convención sobre los Derechos del Niño; Observación General No. 19, Comentarios generales adoptados por el Comité de los Derechos Humanos, Art. 23 - La familia, 39° período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7 at 171 (1990); Opinión Consultiva OC-17/2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño, 28/08/2002.

(4) Art. 4°, Declaración de los Derechos del Retrasado Mental; numeral 9, Declaración de los Derechos de los Impedidos; art. 9°, Normas Uniformes sobre la igualdad de oportunidades para las personas con discapacidad; Observación General N° 5: Las personas con discapacidad, Aplicación del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, Observación General 5, Personas con discapacidad (11 período de sesiones, 1994), U.N. Doc. E/C.12/1994/13 (1994), párrs. 30 y 31.

(5) HERRERA, Marisa y MOLINA DE JUAN, Mariel, "El derecho humano a tener una familia y el lugar de la adopción cuando fondo y forma se encuentran", en FERNÁNDEZ, Silvia Eugenia (dir.), Tratado de Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. I, p. 48.

ces su finalidad radica en brindar una familia a NNyA que por distintas razones no pueden ser cuidados por su familia de origen.

En ese sentido, la adopción tiene carácter subsidiario siendo los principios generales que la rigen los siguientes: a) el interés superior del niño; b) el respeto por el derecho a la identidad; c) el agotamiento de las posibilidades de permanencia en la familia de origen o ampliada; d) la preservación de los vínculos fraternos, priorizándose la adopción de grupos de hermanos en la misma familia adoptiva o, en su defecto, el mantenimiento de vínculos jurídicos entre los hermanos, excepto razones debidamente fundadas; e) el derecho a conocer los orígenes; y f) el derecho del niño, niña o adolescente a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta según su edad y grado de madurez, siendo obligatorio requerir su consentimiento a partir de los diez años.

El interés superior es la columna vertebral que rige toda decisión que involucre a un/a niño/a (arts. 3° CDN y 7.2., CDPD) el que, en el caso de la adopción (arts. 23.2, CDPD y 3°, ley 26.061), debe concretarse en la búsqueda del/los mejor/es progenitores para ese/a niño/a concreto/a atendiendo a su historia de vida y su situación personal.

En ese sendero, nos dice Ballarin que los cánones de aptitud e idoneidad para adoptar requieren contemplar 3 cuestiones: los requisitos que la ley establece como necesarios para quienes pretendan adoptar un niño, la idoneidad genérica de aquellos y, finalmente, la aptitud que, en relación con cada niño, tengan los adultos para iniciar un proceso de conocimiento y que a través de la mutua aceptación los haga confluir en un vínculo materno y/o paterno filial. Los dos primeros ponen el foco en los pretensos adoptantes mientras que el tercero lo hace en el/la niño/a en cuestión **(6)**.

III. Infancia con discapacidad

Como puede advertirse, en nuestro país se encuentra garantizado constitucional y convencionalmente e incluso en el ámbito doméstico el derecho de todo/a niño/a o adolescente tenga o no discapacidad a la búsqueda de soluciones alternativas cuando su propia familia no tiene posibilidades de cuidarlo en forma adecuada, entre ellas, como dijimos, se encuentra la figura de la adopción. Así lo reconoce expresamente la CDPD en el Preámbulo pues "los niños y las niñas con discapacidad deben gozar plenamente de todos los derechos humanos y las libertades fundamentales en igualdad de condiciones con los demás niños y niñas" para lo cual los Estados Partes deben adoptar todas las medidas necesarias (art. 7.1).

Empero el reconocimiento de derechos no siempre guarda correspondencia con su efectiva aplicación.

Las estadísticas de los últimos años exhiben un escaso porcentaje, prácticamente inalterable, respecto a quien aceptarían postularse para adoptar niños/as con discapacidad.

Surge de la base de datos de la Dirección Nacional de Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos (DNRUA) **(7)**, creada por la ley 25.854 con asiento en el Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, la siguiente información:

(6) BALLARIN, Silvana, "Adopción: declaración de idoneidad y análisis de aptitud en relación a las necesidades de cada niño", DFyP 2015 (abril), 06/04/2015, 27, Cita: TR LALEY AR/DOC/868/2015.

(7) https://www.argentina.gob.ar/justicia/adopcion/Estad%C3%ADsticas-DNRUA.

Disponibilidad adoptiva según si aceptan discapacidades o enfermedades	Fecha	Casos	%
No aceptan discapacidades o enfermedades	**Al 2/01/2022**	**2175**	**83,69**
	Al 1/12/2021	2187	83,47
	Al 31/12/2020	2595	82,83
Sí aceptan discapacidades o enfermedades	**Al 2/01/2022**	**424**	**16,31**
	Al 1/12/2021	433	16,53
	Al 31/12/2020	538	17,17
Total de legajos	**Al 2/01/2022**	**2599**	**100,00**
	Al 1/12/2021	2620	100,00
	Al 31/12/2020	3133	100,00

Entre las razones, junto con la más generalizada que consiste en que la mayoría de los/as postulantes desea niños/as pequeños/as y sanos/as, podemos mencionar que se encuentra presente la preocupación por la mayor dedicación que supone su cuidado y el temor por no contar con capacidad económica para afrontar los costos en medicamentos y/o tratamientos. Pero en especial por no sentirse preparados/as emocionalmente para el desafío de criar a un/a niño/a con discapacidad.

Como remedios a implementar y con la finalidad de que los NNyA con discapacidad puedan permanecer en sus hogares, correspondería efectuar un relevamiento de los actuales programas de asistencia social y subsidios económicos que se les otorgan a las familias que tienen hijos/as con discapacidad y revisar exhaustivamente si se encuentran bien implementados y cumplen con su cometido que consiste en el deber estatal de prestar "la asistencia apropiada a las personas con discapacidad para el desempeño de sus responsabilidades en la crianza de los hijos" (art. 23.2, CDPD). De advertirse que no es así se debería proceder a su redistribución y mejora en la calidad y cantidad de los aportes.

Para cuando los NNyA no pueden permanecer con su grupo familiar, en paralelo con el espacio de apoyo técnico y acompañamiento a las familias adoptantes que la DNRUA ofrece a través de su Equipo Técnico durante los períodos de vinculación, guarda y adopción **(8)**, habría que conformar redes de profesionales locales para que trabajen, con personas que deseen adoptar, la posibilidad de aceptar niños/as con discapacidad. En ese sendero, cabe mencionar la valiosa iniciativa de la DNRUA consistente en dar "charlas para personas inscriptas en el Registro, invitándolas a pensar sobre su proyecto adoptivo inicial considerando, en algunos casos, la posibilidad de modificar o ampliar su disponibilidad adoptiva" **(9)**.

IV. La búsqueda de una familia para B.

Conforme surge de la sentencia, a los 4 años de edad de B. G. L. quedó firme su estado de adoptabilidad. Y a partir de ese momento, comenzó el derrotero para encontrar a "la familia" para el niño, la cual, además de cumplir con los requerimientos generales a toda adopción, debía contar con las condiciones necesarias para sostener la continuidad de los tratamientos y de los espacios de rehabilitación diarios de B.

En primer lugar, la búsqueda se centró entre las personas inscriptas en el registro local (RUAGFA), luego se la amplió hacia otros registros de la provincia, arrojando ambas resultados negativos. Pos-

(8) Programa de Apoyo Técnico para los períodos de Vinculación, Guarda y Adopción, https://www.argentina.gob.ar/justicia/adopcion/talleres-y-programas-de-acompanamiento-0.

(9) Un nuevo paradigma para quienes buscan adoptar, https://www.argentina.gob.ar/noticias/un-nuevo-paradigma-para-quienes-buscan-adoptar.

teriormente se realizó una amplia convocatoria pública, limitada geográficamente a los alrededores de la ciudad de General Roca para que la vinculación de B. con los postulantes tuviera continuidad, pudiera tener el acompañamiento del equipo del tribunal y no perdiera el contacto con un hermano y otros miembros de su familia de origen. Una segunda convocatoria, con una mayor extensión geográfica, incluida la provincia de Neuquén y el Registro de Adoptantes de Nación tampoco rindió frutos. Empero, hubo inscripciones directas y también aparecieron personas a pedir más información sobre la noticia con el solo interés de conocer más detalles de lo publicado en los medios. Entre las primeras se encontraban los señores C. A. R. y J. J. G., que manifestaron su deseo de ahijar y que entendían que cumplían con las condiciones necesarias para ser los padres del niño. Ambos se presentaron con una amiga que ofició de intérprete de señas y también con una intérprete de señas oficial y expresaron que el hecho de no poder oír (pudiéndose comunicar con lengua de señas y lectura labial) no era un limitante para la crianza de un niño con serios problemas de salud y dificultades para comunicarse dado su escaso desarrollo del habla y su muy poca motricidad (en sus piernas y en uno de sus brazos) **(10)**.

Al avanzar en el proceso de selección la decisión recayó sobre esta pareja. Tuvo peso la valoración que efectuó la jueza sobre sus experiencias de vida en relación con que eran dos personas que entendían muy bien lo que significaba vivir en una sociedad que muchas veces es hostil con las personas que no se encuentran en los estándares medios y que estas vivencias los habían fortalecido de modo que son personas que gozan de sus derechos y que tienen muy aceitados los mecanismos para eliminar aquellas barreras que la sociedad tiene levantadas. Resaltó su empatía y comprensión con la situación de B. y que podrían enseñarle cómo vivir de un modo pleno.

Desde otra vertiente cabe señalar que la convocatoria pública significa ampliar la búsqueda tanto a postulantes inscriptos como a personas no inscriptas. Estos cónyuges no se encontraban inscriptos en ningún registro de adopción. Y si bien la jueza no acuerda con la interpretación que ha adoptado el registro provincial (en sintonía con la que realiza el Consejo Consultivo de la Dirección del Registro Único de Aspirantes a Guarda con Fines Adoptivos), en punto a la innecesariedad de la inscripción en los casos de convocatorias públicas, deja asentado que no lo cuestionará para evitar perjudicar a los interesados a más de aclarar que estos fueron evaluados, primero por el registro local y luego por medio de los profesionales del equipo interdisciplinario del tribunal, del mismo modo que exige el registro para su inscripción.

Cabe puntualizar que la inscripción en los registros es una condición imprescindible para postularse **(11)** —aunque no suficiente para la selección— y tomando como punto de inicio el interés superior del niño, desde un criterio equitativo implica respetar el orden de la lista con el que se ha de evaluar a los aspirantes, evita las entregas directas (guardas puestas), aporta seguridad de que los interesados cumplen con los requisitos prescriptos por la normativa y de que poseen las cualidades necesarias para ser merecedores de la guarda de un/a niño/a con fines de adopción **(12)**. Entonces, en el presente, ninguna objeción hubo que formular pues a la aptitud genérica de los cónyuges se le añadió la aceptación recíproca.

V. Postulantes con discapacidad

Hay países que requieren la idoneidad física o mental por parte de los postulantes **(13)**.

(10) Su diagnóstico médico consignado en el dictamen de discapacidad es "Hemiplejia Infantil con Retardo en el Desarrollo" que involucra su área motriz e intelectual.

(11) Ley 25.854, art. 16. - Es requisito esencial de los peticionantes, hallarse admitidos en el correspondiente registro, previo al otorgamiento de la guarda con fines adoptivos.

(12) En rigor, el art. 8° de la ley 25.854 exige tener por acreditada la "aptitud adoptiva mínima", en caso contrario, se instruirá a los aspirantes acerca de medidas terapéuticas específicas a fin de superar los impedimentos que obstaculizaron su inclusión en el registro, pudiendo fijar un plazo para el cumplimiento de estas.

(13) V.gr. Ley chilena 19.620, art. 23.- "...A la solicitud deberán acompañarse los siguientes antecedentes: ... 3. Informe de evaluación de idoneidad física, mental, psicológica y moral del o los solicitantes, emitido por alguna de las instituciones aludidas...".

Incluso en Colombia hace ya más de una década se promovió demanda de inconstitucionalidad contra el inc. 1° del art. 68 (parcial) de la ley 1098 (Código de Infancia y la Adolescencia) específicamente sobre el deber de los postulantes de acreditar la idoneidad física suficiente para suministrar una familia adecuada y estable al niño, niña o adolescente. Se lo entendió conculcatorio de los arts. 13 y 42 de la Constitución Política de Colombia, por contravenir los derechos fundamentales de las personas en condición de discapacidad a la igualdad y a conformar una familia por la vía de la adopción.

La Corte Constitucional declaró la exequibilidad de la expresión "idoneidad física" **(14)** —aclarando— "en la medida que en abstracto la idoneidad física sí puede —en casos absolutamente extremos— impedir la adopción de menores, ello no supone que los operadores jurídicos encargados de la misma puedan hacer interpretaciones discriminatorias que lleven a negar a personas con discapacidades físicas —por ejemplo visuales, auditivas, locomotivas, sensoriales, entre otras—, la posibilidad de realizar una adopción".

Al respecto y más allá de los argumentos vertidos no nos satisface lo resuelto pues deja en cabeza del intérprete el alcance que se le ha de dispensar a la expresión "idoneidad física".

Hoy, a la luz del modelo social de discapacidad que ha receptado ese país a través de su reciente legislación **(15)** consideramos francamente inaceptable la vigencia del estándar de la idoneidad física o mental para poder adoptar. Tales condiciones no pueden ser un obstáculo a priori. En todo caso, frente al supuesto concreto se deberán verter razones válidas para la exclusión de una persona por causa de una discapacidad física o psicosocial.

El art. 613 del Cód. Civ. y Com. establece, a modo de cláusula abierta que deben ponderarse de los pretensos adoptantes, entre otras, sus condiciones personales, edades y aptitudes; su idoneidad para cumplir con las funciones de cuidado, educación; sus motivaciones y expectativas frente a la adopción; el respeto asumido frente al derecho a la identidad y origen del niño, niña o adolescente.

Como se observa y no podía ser de otra manera en correspondencia con la Convención Interamericana para la Eliminación de todas las formas de discriminación contra las Personas con Discapacidad y la CDPD a las que la República Argentina ha adherido, nuestro Cód. Civ. y Com. no contempla las exigencias de idoneidad física o psicosocial. Empero eso no significa que no sean tenidas como características limitativas en la subjetividad de algunos operadores: jueces, Ministerio Público, equipos interdisciplinarios, etc.

Repárese el prejuicio existente respecto a las madres con discapacidad intelectual que ha llevado al dictado de numerosas sentencias en las que se ha decidido el estado de adoptabilidad de sus hijos por entender que aquellas no se encontraban en condiciones de maternar **(16)**. Si en muchos de estos casos han primado los prejuicios y estigmas no resulta difícil imaginar cuantas mayores dificultades puede tener una persona —hombres o mujeres— con discapacidad que aspira en el marco de su proyecto de vida a tener un hijo a través del mecanismo de la adopción.

Estudios realizados en otras latitudes dan cuenta que los hombres y mujeres con discapacidad que desean ser padres/madres se enfrentan a importantes obstáculos para adoptar niños/as y tienen mayores dificultades cuando se trata de acceder a la atención de la salud reproductiva tales como las tecnologías de reproducción asistida **(17)**.

(14) Sentencia C-804/09, 11/11/2009. https://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2009/C-804-09.htm.

(15) Ley 1996 "Régimen para el ejercicio de la capacidad legal de las PCD mayores de edad", del 29 de agosto de 2019.

(16) PAGANO, Luz María, "Discapacidad mental, maternidad y adopción. ¿Y si buscamos (y, además, encontramos) otras soluciones?", ORTIZ, Diego Oscar (dir.), Revista de Actualidad - Derecho de Familia en el Código Civil y Comercial nro. 8, Ediciones Jurídicas, 2018, ps. 269/292.

(17) Rocking the Cradle: Ensuring the Rights of Parents with Disabilities and Their Children, https://ncd.gov/publications/2012/Sep272012/.

Nuestro país no cuenta con estadísticas al respecto.

Por eso cobran tanta relevancia los interrogantes y reflexiones que formula la jueza: "¿Por qué no estaban inscriptos en el registro de adoptantes, puesto que se trata de dos personas que tienen deseo de ahijar, la convicción de que la adopción era la forma de poder satisfacer este deseo y las condiciones personales para emprender esta tarea de un modo responsable? J. y C. habían intentado realizar los trámites para la inscripción del registro de adoptantes de su provincia y nunca pudieron terminarlos porque se sintieron excluidos y que no hubo predisposición por parte de quienes los han atendido para poder establecer una comunicación".

Sin intentar responder si se trató de una sensación personal de los adoptantes o si fue el sistema el que los excluyó amplía la pregunta a otras personas que se encuentren en análoga situación, a su vez interroga a los registros: "¿Por qué no hay personas sordas o con alguna otra discapacidad inscriptas en sus listados para poder adoptar?". Y relata la experiencia que se llevó a cabo por el Registro Único de Aspirantes a la Adopción (RUA) del Poder Judicial de la provincia de Santiago del Estero conjuntamente con el Programa Nacional de Asistencia para las Personas con Discapacidad en sus Relaciones con la Administración de Justicia (ADAJUS) para que una persona con discapacidad pudiera acceder al proceso de inscripción y evaluación en igualdad de condiciones. Esta experiencia inédita la convence que no hay este tipo de inscripciones.

Los padres de esta historia le cuentan a la jueza que han recibido más de 150 mensajes de personas de todo el país que les pedían que les explicaran cómo habían podido obtener la guarda adoptiva de un niño. Claramente son personas que quieren ser padres/madres, pero no pueden acceder porque el sistema se los impide/dificulta.

Dice la jueza: "C. y J. saben que esta historia está abriendo puertas a tantas otras personas que tienen sus mismos deseos y no encuentran aceptación por parte de un sistema que proclama derechos pero continúa siendo muy hermético e impide que estos derechos logren consagrarse".

En efecto, no tenemos dudas de la función pedagógica que ha cumplido esta sentencia destinada a distintos sectores de la sociedad. Por un lado, a eventuales postulantes a la adopción quienes han sido empoderados para luchar por su derecho a concretar su plan de vida en torno a una familia y por el otro a los encargados de los registros de adoptantes locales y de Nación, mediante la que los invita a tener una mirada inclusiva que redundará en beneficio de niños/as que siguen esperando a una familia que los cobije y ame y padres/madres que siguen esperando un/a hijo/a a quien amar, cuidar, formar y respetar.

VI. El respeto por sus orígenes en sentido lato

Por efecto involuntario de la pandemia el primer contacto entre B. y sus padres se hizo esperar en demasía. En el ínterin, y parafraseando el refrán popular que dice que no hay mal que por bien no venga, B. estuvo viviendo con una familia solidaria **(18)** conformada por

(18) También denominadas familias de abrigo, de acogimiento o de tránsito. La ley 5497 del Sistema Provincial de Acogimiento Familiar Familias Rionegrinas Solidarias, en su art. 2° señala que su objeto consiste en propiciar "la implementación de procedimientos alternativos de contención y asistencia temporal para niños, niñas y adolescentes menores de dieciocho años, separados de su núcleo familiar conviviente por una medida excepcional, que brinden un entorno de afectividad y relación abierta con el medio, hasta tanto se pueda efectuar la reinserción a su grupo de pertenencia o la determinación necesaria de acuerdo a las características de cada situación" con la finalidad de: a) Evitar la institucionalización de niños, niñas y adolescentes que, a partir de una medida excepcional, hayan sido separados de su núcleo familiar conviviente. b) Ofrecer un ambiente familiar alternativo, en el que se garantice atención, protección y acompañamiento a los niños, niñas y adolescentes que, a partir de una medida excepcional, hayan sido separados de su núcleo familiar conviviente. c) Garantizar el desarrollo integral, en el marco del respeto y cuidado de niños, niñas y adolescentes que, a partir de una medida excepcional, hayan sido separados de su ámbito familiar. d) Brindar la contención necesaria y temporal, a niños, niñas y adolescentes que, a partir de una medida excepcional hayan sido separados de su ámbito familiar, velando por el estricto cumplimiento del derecho a la convivencia familiar y comunitaria, procurando fortalecer los lazos con su familia de origen, en caso de ser beneficioso para la niña, niño o adolescente. Recientemente, la Ciudad Autónoma de Buenos Aires ha sancionado la ley 6516 Sistema de Acogimiento Familiar Transitorio.

una mamá cabeza de una familia monoparental, terapeuta de equinoterapia (por cuya actividad ya conocía a B.) y sus tres hijos pequeños (uno de ellos con discapacidad). Esos meses le permitieron a B. vivir en un núcleo familiar —en vez de continuar viviendo en la institución donde residía previamente— que se caracterizó por una dinámica y acompañamiento por parte de cada integrante de este grupo que facilitaron que B. desplegara nuevas aptitudes. Tal interacción favoreció el tránsito hacia su hogar definitivo. Incluso los primeros encuentros entre B. y sus padres se hicieron en la casa de esta familia lo cual facilitó que la vinculación fluyera de modo natural. El rol que cumplió esta familia solidaria, en particular la mujer, en el pasaje de una familia a la otra, es destacado por la jueza por ser sus integrantes quienes conocían a B. lo que evitó tercerizar la comunicación a través de los distintos profesionales intervinientes. El reconocimiento que formula en punto a que ese período en la vida del niño B. forma parte inescindible de su identidad dinámica la lleva a propiciar —no imponer como bien se ocupa de aclarar— el facilitar la comunicación entre ambas familias. Consideramos plausible la propuesta en tanto la vinculación con esos referentes afectivos significa sumar, añadir red afectiva a la vida de este niño que, en su corta edad, ha transitado por una institucionalización y sufrido significativas pérdidas.

Esa consideración y respeto también se despliega hacia su origen biológico pues, aun cuando se otorga la adopción plena de B. a los guardadores, habiéndose reencontrado con su hermano pequeño mantiene subsistente, en los términos de los arts. 595, inc. d) y 621 del Cód. Civ. y Com., el vínculo fraterno con su hermano D. J. E.

VII. Nombre y apellido del niño adoptado

El nombre (prenombre o nombre de pila) de las personas, que es lo que las diferencia dentro de los miembros de su grupo familiar, debe ser respetado, así lo establece el art. 623. Ello es así por cuanto siendo el nombre un derecho humano íntimamente vinculado con el derecho a la identidad personal rige el principio de conservación del prenombre **(19)**.

A diferencia del art. 13 de la ley 18.248 que admitía el cambio de nombre de pila o la adición de otro de todo/a niño/a menor de 6 años o la agregación de otro después del que ya tenía si fuera de más edad, ahora —acertadamente, en respeto por el resguardo de su identidad— la regla es el mantenimiento del nombre. Solo excepcionalmente y por razones fundadas el juez puede disponer la modificación del prenombre en la forma solicitada. El pedido formulado por los adoptantes de reemplazar el nombre G. por el nombre J. tuvo un fundamento fonético ya que el primero no les resultaba de fácil dicción mientras que no tenían ninguna dificultad para pronunciar el solicitado. Quedó claro y justificado para la jueza el motivo invocado en el cual primó el interés del niño pues explicaron que en "ciertas situaciones sería más beneficioso para poder comunicar el nombre del niño hacia terceras personas en caso de ser necesario".

El apellido del hijo por adopción plena, conforme lo dispuesto en el art. 626, inc. b), se rige por las mismas reglas generales relativas al apellido de los hijos matrimoniales, es decir lleva el primer apellido de alguno de los cónyuges y a pedido de ellos (o del interesado con edad y madurez suficiente) se puede agregar el apellido del otro.

En el caso ambos adoptantes de común acuerdo decidieron que el orden de los apellidos sería G. R.

VIII. Los apoyos

Todos los seres humanos a lo largo de nuestras vidas pedimos y brindamos apoyos de los más variados. Su significado además de cosa que sirve para apoyar o apoyarse alude a protección, auxilio o favor **(20)**.

En el texto de la CDPD estos son mencionados frecuentemente, habiéndolos: 1) físicos y/o tecno-

(19) GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela, "Comentario al art. 623 Prenombre del adoptado en Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado", HERRERA, Marisa, CARAMELO, Gustavo y PICASSO, Sebastián (dirs.), Infojus, CABA, 2015, 1ª ed., t. II.

(20) https://dle.rae.es/apoyo?m=form.

lógicos (art. 4°, incs. g) y h), 2) formas de asistencia animal (art. 20 inc. b) y 3) apoyos personales.

A estos últimos los podemos subdividir en dos grandes grupos: 1) los apoyos que permiten a las PCD vivir en forma independiente y en la sociedad para lo cual compete a los Estados Partes asegurar, en particular, que estas tengan acceso a una variedad de servicios de asistencia domiciliaria, residencial y otros servicios de apoyo de la comunidad, incluida la asistencia personal que sea necesaria para facilitar su existencia y su inclusión en la comunidad y para evitar su aislamiento o la separación de esta (art. 19, inc. b) **(21)** y 2) los apoyos para el ejercicio de la capacidad jurídica **(22)** que se encuentran regulados en el Libro I - Parte General, Título I - Persona humana, Capítulo 2 - Capacidad, Sección 3° - Restricciones a la Capacidad mediante los arts. 31 y siguientes.

Se señala en la sentencia que el proyecto familiar cuenta con un sólido acompañamiento de familiares y amigos/as, que en ocasiones funcionan como apoyos **(23)**, y aportan beneficios a la dinámica familiar para que tengan una buena calidad de vida.

Los cónyuges se tienen el uno al otro como "apoyo principal" pero además saben que cuentan con parientes y amigos/as que los acompañarán, ayudarán y apoyarán en este nuevo viaje que emprenden ahora sí como progenitores de B.

IX. Brevísimo cierre

A través de su pluma la magistrada ha dado voces a quienes estaban silenciados, ha presentado a quienes estaban invisibilizados y con ello ha abierto nuevas puertas y ventanas de inclusión.

Entonces solo nos resta decir que la sentencia cumple con creces con las finalidades previstas. Da un hijo a dos padres y dos padres a un hijo. Luego, nos invita, nos compele a acercarnos y empatizar con la injusta situación que padecen algunas personas quienes por su condición de discapacidad encuentran múltiples obstáculos a la hora de querer formar una familia.

Derecho y realidad son dos términos de la ecuación que aún se encuentran francamente distantes. Está en cada uno/a de nosotros/as —desde nuestros respectivos lugares— involucrarnos y poner nuestro empeño para intentar aproximarlos.

(21) En similar sintonía, art. 11, ley 26.657 Nacional de Salud Mental.

(22) Art. 12, CDPD y art. 34, Cód. Civ. y Com.

(23) La amiga que acompañó a los cónyuges al tribunal y actuó como intérprete de señas operó en lenguaje convencional como apoyo a los efectos comunicacionales.

SUCESIONES

Comentarios Jurisprudenciales

SUCESIÓN

Muerte del cónyuge. Cese de la convivencia. Inexistencia de un proyecto de vida en común. Exclusión de la vocación hereditaria. Liquidación de la sociedad conyugal.

Con nota de Avelino Rolon

1. — Los datos probatorios señalados por el juez dan cuenta de que el causante y la actora no convivían, pero lo dirimente de la exclusión hereditaria decidida es que —sin perjuicio de que no es un deber legal—, pese a invocar que la falta de convivencia entre ellos obedecía a cuestiones laborales como la de la educación de la hija de ambos, lo que no demostró la recurrente es la subsistencia de ese proyecto de vida en común que dijo mantener con su cónyuge de modo inalterable, puesto que ello sí es un elemento que hubiera demostrado la voluntad de mantener la unión matrimonial, pero que, en este caso, a resultas de las pruebas colectadas, no se vio así exteriorizado.

2. — Si bien es procedente la exclusión de los derechos hereditarios de la actora, respecto de su cónyuge en los términos del art. 2437 del Cód. Civ. y Com., ello no implica a su vez la exclusión de su participación en el trámite sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite de aquel y sobre los derechos que le corresponden en la liquidación de los bienes que pudieran existir en la sociedad patrimonial habida entre ellos.

3. — Determinar si existía intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo con lo previsto por el art. 2437 del Cód. Civ. y Com., pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuotaparte en los gananciales no tiene importancia, menos aun dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba previamente disuelto y, por consiguiente, si subsistía la comunidad de bienes.

4. — Si al tiempo del fallecimiento del causante el vínculo matrimonial con la actora como el régimen de comunidad de bienes existentes entre los cónyuges subsistían y si los bienes integrantes de la sociedad conyugal existentes a esa fecha se presumen gananciales, el derecho de la demandante a participar en el sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite en reclamo de su cuotaparte en los gananciales se encuentra suficientemente acreditado, sin perjuicio de que la calificación de aquellos excede el marco de esta acción, debiendo estarse a lo que allí resulte.

CCiv., Com., Lab. y Minería, Santa Rosa, sala I, 29/09/2021. - S., M. J. c. N., G. V. s/ ordinario.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/173000/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

Expte. 129501/2018)

Expte. N° 132258 (21614 r.C.A.)

2ª Instancia.- Santa Rosa, septiembre 29 de 2021.

I. La sentencia en recurso

Viene apelada por G. V. N. —parte demandada— la sentencia dictada por el juez Pedro A. Campos de fecha 02/03/2020 (fs. 430/437), mediante la cual se admitió la demanda promovida en su contra M. J. S. —en representación de G. F. C.— y de conformidad con lo previsto en el art. 2437 del Cód. Civ. y Comercial, ordenó la exclusión del derecho hereditario en el proceso sucesorio de su cónyuge, A. A. C. ("C., A. A. s/ sucesión *ab intestato*" Expte. 129501) por considerar acreditada entre ellos la separación de hecho sin voluntad de unirse, sin incluirla, ni expedirse luego a tenor de la aclaratoria deducida (art. 158 inc. 2° Cód. Proc. Civ. y Comercial) respecto de la intervención que pretendió en calidad de cónyuge supérstite reclamando el derecho a la cuota parte que —dado el régimen de comunidad de bienes habido con aquel—, le corresponde en los gananciales; le impuso las costas y reguló honorarios a los profesionales intervinientes.

II. La apelación

II.-a) Los agravios

De acuerdo al memorial presentado (actuación 495408), la recurrente se agravia —primeramente— porque el juez tuvo por acreditado el cese de la convivencia sin voluntad de unirse dado que —según dice— no fue confirmada con la gravedad y precisión que la decisión de exclusión amerita, por cuanto la residencia en domicilios distintos obedeció a cuestiones laborales y si bien su esposo tuvo una relación extramatrimonial —con S.—, sin embargo, antes de fallecer (el 01/05/2018), de acuerdo a lo surge de la escritura pública de fecha 04/11/2016 (fs. 19), aquel manifestó ser de estado civil casado y que el inmueble adquirido quedaba bajo el régimen de comunidad,

por lo que, contrariamente a lo sentenciado, el vínculo matrimonial entre ellos permaneció inalterable y la acción de exclusión hereditaria debió ser rechazada.

Reprocha —en segundo lugar— que el juez considere que los derechos hereditarios y los que corresponde a su cuota parte societaria tienen el mismo tratamiento, cuando su pretensión en la sucesión no fue como heredera de su esposo sino en su calidad de cónyuge supérstite de aquel, marco en el cual se presentó reclamando su derecho al 50% de los bienes gananciales adquiridos durante la vigencia de la sociedad conyugal; por lo cual, siendo que previamente no se concretaron las causales de disolución del matrimonio (art. 435 Cód. Civ. y Comercial) ni de extinción de la comunidad (art. 475 Cód. Civ. y Comercial) corresponde que se la incluya, en ese carácter, en el sucesorio de aquel.

De no prosperar su recurso solicita — subsidiariamente— se la exima de costas, costos y honorarios "por tratarse el objeto de la litis un tema obscuro y novedoso en la jurisprudencia y doctrina".

II.b) Su tratamiento

Memorando lo sentenciado se observa que el juez para arribar a la decisión impugnada y previo citar la normativa aplicable (arts. 2433 y 2437 del Cód. Civ. y Comercial), señaló que frente al fallecimiento de uno de los cónyuges la regla general es que el supérstite (el que sobrevive) posea vocación hereditaria, pero su exclusión se produce por la separación de hecho de aquellos sin voluntad de unirse, alterándose el régimen patrimonial de bienes puesto que "la comunidad indivisa de gananciales quedará igualmente disuelta producto de la exclusión y modificará indefectiblemente el acervo hereditario del causante (arts. 435, 475, 480 y ccdtes. del Cód. Civ. y Comercial)" (fs. 433 vta.).

Refirió que para heredar, resulta requisito que los cónyuges no se hayan separado o cesado su convivencia de manera definitiva, porque si no hay comunidad de vida en los términos del art. 431 del Cód. Civ. y Comercial no hay vocación hereditaria, siendo irrelevante la idea de culpa en la ruptura.

Bajo tales premisas y de acuerdo a las pruebas reunidas —la partida de defunción de fs. 6 y el domicilio real denunciado en el expediente sucesorio por N., las testimoniales de fs. 85, 88, 91, 105 y 108, su declaración de parte y la historia clínica del causante C. obrante a fs. 386/388— consideró probado que, al menos desde 1997, los cónyuges vivían cada uno en ciudades distintas —el causante en Catriló, provincia de La Pampa y N. en Villa Sarmiento, Provincia de Buenos Aires—, que C. se instaló en Catriló y, luego de haber estado en pareja con otra persona —A. G.—, convivió durante años con M. J. S., los hijos de esta y el hijo en común G. F. C.; expresó además, que N. y C., no se visitaban.

En base a ello consideró acreditados los presupuestos que impone el artículo 2437 del Cód. Civ. y Comercial; tanto el objetivo (cese de la convivencia) como el subjetivo (que no medie voluntad de unirse) y por consiguiente, que la causal de exclusión hereditaria resultó configurada sin que N. hubiera probado los extremos fácticos de su defensa, esto es que su separación con el causante fue transitoria por motivos laborales y que el proyecto de vida en común permaneció vigente.

II.c) Su decisión

Confrontados los agravios expresados contra lo así fallado como la respuesta dada a aquellos por la actora (actuación 564851), se colige que la existencia del vínculo matrimonial habido entre N. y C. como su subsistencia a la fecha de su muerte no resulta controvertido; tampoco el marco normativo aplicado sino que la controversia reside en si el cese de la convivencia entre los cónyuges como la carencia de voluntad de unirse de conformidad a lo estatuido por el art. 2437 del Cód. Civ. y Comercial resulta acreditado y, en su caso, si de ello deriva la exclusión de la vocación hereditaria de la cónyuge supérstite y la eventual pérdida —o no— de su derecho al 50% de los bienes gananciales integrantes de la sociedad conyugal a tenor del régimen de comunidad de bienes habido y vigente al tiempo de su muerte (arts. 463 y 465 del Cód. Civ. y Comercial).

II.c) 1.- La exclusión hereditaria (art. 2437 Cód. Civ. y Comercial).

En cuanto a la primera cuestión —cese de la convivencia sin voluntad de unirse— y conforme la prueba referida por el juez, cierto es que N. y C. vivían en distintos domicilios —situados en distintas ciudades como provincias—; también quedó probado —por no ser tampoco desconocido por la cónyuge supérstite— que entre C. y S. existió una relación, que convivieron en Catriló y tuvieron un hijo —G. F. —, pero también lo es que durante el último tiempo y hasta su muerte, aquel vivió en una residencia geriátrica —Hogar San José— donde hubo de alojarse tras haber sufrido un accidente.

Por consiguiente, el juez, en principio, ponderó adecuadamente el cese de la convivencia con N., en su faz objetiva o material; sin embargo, aun cuando esa circunstancia podría dar cauce para presumir que no había voluntad de unirse, sucede que ese hecho material no importa configurativo por sí mismo del

elemento subjetivo que prevé el art. 2437 del Cód. Civ. y Comercial; dado que no siempre la falta de convivencia, en el matrimonio, se traduce ni cabe interpretarse como una exteriorización de la intención de los cónyuges de no continuar con ese vínculo.

Nótese que en nuestro ordenamiento actual el matrimonio, como acto jurídico, no requiere ni exige para su constitución ni permanencia el deber de convivencia y, por consiguiente, su eventual cese o inexistencia no resultan causa de disolución del vínculo (como sí lo estatuía el Cód. Civil derogado en sus arts. 199 y 214 inciso 2°); sino que, como elementos a reunirse para configurar una unión matrimonial y, de acuerdo a lo previsto por el art. 431 del Cód. Civ. y Comercial, se prevé que "Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua" y, como deber, se establece el de asistencia alimentaria, como su reciprocidad (432 del Cód. Civ. y Comercial).

Bajo tales premisas, la sola comprobación material de la falta de convivencia o la modalidad en la cual se desarrolle u opten los cónyuges hacerlo —permanente, transitoria, temporal, indistinta, etc.—, desde que la cohabitación no es un deber exigible —de allí que tampoco prevé sanción ante su incumplimiento—, no podría tener entonces el efecto dirimente que se le asigna en el supuesto del artículo 2437 del Cód. Civ. y Comercial, cuando estatuye "Divorcio, separación de hecho y cese de la convivencia resultante de una decisión judicial. El divorcio, la separación de hecho sin voluntad de unirse y la decisión de cualquier tipo que implica el cese de la convivencia, excluyen el derecho hereditario entre los cónyuges".

Es que, la consecuencia allí prevista en el marco del derecho hereditario se presenta —cuanto menos— contradictoria con aquella primigenia directriz que no la exige como presupuesto constitutivo del vínculo matrimonial ni de su mantenimiento y pareciera estar en pugna con el principio de la autonomía de la voluntad en cuyo prisma han de ponderarse tales aspectos conforme los lineamientos que recepta la nueva legislación de fondo en la materia.

Pues bien, efectuadas tales consideraciones y, atendiendo a los términos del recurso, se advierte que la apelante —reiterando la versión de los hechos expuesta en su contestación de demanda, fs. 29/32— no cuestiona la normativa aplicada ni desconoce la distinta residencia habida con su cónyuge C. sino que como allí sostuvo y aquí reitera, esa falta de convivencia obedeció a que por la actividad de su esposo debieron trasladarse a distintas localidades y, por decisión de ambos, para una mejor educación de su hija y tener un asiento conyugal estable, la familia se instaló en Villa Sarmiento (Provincia de Buenos Aires) pero, en el año 2000, aquel fue contratado por Gente de La Pampa SA para trabajar en la localidad de Catriló, de esta provincia.

Dice también —sin desconocerlo— que fue allí donde aquel mantuvo una relación extramatrimonial con S., de la cual nació G. F. C. pero, sostiene que "...pese a dichas vicisitudes..." el matrimonio nunca se separó o divorció y que, como consecuencia del accidente que aquel sufriera (el 1° de mayo de 2016) quedó cuadripléjico por lo cual aquella concluyó, como surge de lo declarado por las enfermeras que lo cuidaban en el lugar donde últimamente residía —Hogar San José— y los demás testigos ofrecidos por su parte, hasta que falleció (en el año 2018).

Esgrime que, de acuerdo al testimonio de escritura pública de compraventa de inmueble de fecha 04/11/2016 (fs. 19) realizada dos años antes del fallecimiento de C., surge que en pleno uso de sus facultades, aquel dejó expresa constancia ser de estado civil casado con ella y que ese bien quedaba bajo el régimen de comunidad de bienes; por lo que en ese acto jurídico "decidió libre y espontáneamente reconocer la existencia perfecta del vínculo matrimonial con la demandada y que era su socia en la sociedad conyugal", lo cual —afirma— "...echa por tierra la supuesta separación de hecho y consecuente exclusión de su vocación hereditaria...", debiendo estarse a favor de la legalidad del acto jurídico matrimonial.

En ese orden, como expresáramos, cierto es que aquellos datos probatorios señalados por el juez dan cuenta que N. y C. no convivían pero, lo dirimente de la exclusión hereditaria decidida es que —sin perjuicio que aquella no es un deber legal impuesto según se dijo—, es que pese a invocar que la falta de convivencia entre ellos obedecía a cuestiones laborales como de educación de la hija en común, como también que no obstante la relación extramatrimonial habida con S. y el nacimiento de G. F., lo que no demostró —siendo ello nodal— es la subsistencia de ese proyecto de vida en común que dijo mantener con su cónyuge de modo inalterable, puesto que ello sí es un elemento que hubiera demostrado la voluntad de mantener la unión matrimonial (cfe. lo prevé el art. 431 del Cód. Civ. y Comercial) pero que, en este caso, a resultas de las pruebas colectadas, no se vio así exteriorizado.

En ese orden, nótese que los testimonios de E. E. G. (fs. 148/151), C. G. G. (fs. 150/151) y A. B. S. (fs. 164) refieren que C. hasta su muerte residió en el Hogar ... de Catriló y que el plan de parentalidad, cuidado personal y alimentos convenidos por aquel con S., respecto del hijo en común G. F. (fs. 11) fue celebrado, incluso, cuando aquel estaba alojado y domiciliado

en ese lugar; más, tales datos en definitiva antes que dar apoyatura a la postura de la apelante dan cuenta que, precisamente, su cónyuge aun luego del siniestro vial protagonizado (el 01/05/2016) y hasta su muerte, vivió en ese hogar.

En tal sentido —como bien señaló el juez al sentenciar— al tiempo de realizarse aquellas audiencias, la ahora apelante "...se ocupó de acreditar —a través de las preguntas que formuló— que C. quería que S. no lo visitara al hogar de ancianos (res. 7 y 8, de fs. 150/151, res 8 y 9 de fs. 148/149 y res. 10 de fs. 165)...", cuando, en el marco de la exclusión hereditaria "...debió de acreditar que ella permanecía con la voluntad de mantener vigente el matrimonio y el proyecto de vida en común a través de visitas permanentes u otras demostraciones colaborativas —tales como pagar el asilo donde vivió sus últimos días el causante...—", pero que, como dijo, no surgió corroborado que lo visitara ni que efectuara otras demostraciones colaborativas para con su esposo, aspectos respecto de los cuales, como aquel dijo (fs. 436), dichos testigos no fueron siquiera interrogados.

Por lo cual, no siendo tales extremos motivo de crítica recursiva y, atendiendo a que de conformidad con las pruebas rendidas, al interrogarse el juez (fs. 434) si G. F. C. logró probar el elemento objetivo y el subjetivo que configura el presupuesto que impone el art. 2437 del Cód. Civ. y Comercial y tener acreditada "... la separación definitiva del matrimonio C. N. sin voluntad de unirse y consecuente cese del proyecto de vida en común...", en tanto la apelante, en su carácter de cónyuge "...no ha aportado a la causa prueba de entidad suficiente que demuestre que su separación con el causante fue transitoria y por motivos laborales —tal como lo invocó en su defensa—", cabe concluir entonces que la solución adoptada resulta conteste con las comprobadas constancias de la causa y, por tanto, en ese aspecto, nos conduce a mantener lo decidido.

II.c) 2 De la participación en su calidad de cónyuge supérstite en por su derecho a los gananciales

Ahora bien, si bien tales extremos fácticos acreditado derivan en la exclusión de los derechos hereditarios de N. respecto de su cónyuge en los términos del art. 2437 del Cód. Civ. y Comercial, no implica a su vez la exclusión de su participación en el trámite sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite de aquel y sobre los derechos que le corresponden en la liquidación de los bienes que pudieran existir en la sociedad patrimonial habida entre ellos.

En tal sentido, asiste razón a la apelante cuando —en su segundo agravio— sostiene que el vínculo matrimonial no había sido disuelto y estaba vigente también el régimen de comunidad de bienes —no surge que previamente hubieran separado sus patrimonios, p.ej.— sino que la liquidación operó, de pleno derecho, a resultas de su fallecimiento (arts. 435 y 475 del Cód. Civ. y Comercial) y, en su calidad de cónyuge supérstite no puede ser excluida de los derechos que pudieran corresponderle en los bienes existentes en la sociedad conyugal, dado que —como bien refiere— su presentación en la sucesión de su esposo no fue pretendiendo ser su heredera reclamando derechos sobre los bienes propios que aquel pudiera tener, sino los que le corresponden como partícipe de la sociedad conyugal que mantenía con aquel.

Efectivamente, si bien al tiempo de sentenciar el juez referenció esa postulación (fs. 432), luego se limitó a determinar la exclusión hereditaria de aquella en el sucesorio de su cónyuge pero sin atender a la distinción entre ambos derechos; dado que si bien de lo allí decidido deriva que N. no será incluida como heredera en concurrencia con los descendientes de C. —A. y G. F.— respecto de los bienes propios de aquel, ello no impide ni obsta a su intervención en el sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite, dado que a la fecha del fallecimiento de aquel el vínculo matrimonial no había sido disuelto previamente, por el contrario, la causal extintiva de ese vínculo fue su muerte (art. 435 inciso 1° Cód. Civ. y Comercial).

Es allí entonces donde existe un desajuste en lo sentenciado, dado que —como bien señaló N. al contestar la acción de exclusión hereditaria, fs. 27/32 vta.—, la parte actora confunde el derecho que podría corresponderle como heredera sobre los bienes propios del causante siendo que su presentación en el sucesorio lo fue y es reclamando la cuota parte societaria sobre los bienes gananciales, en tanto no es lo mismo el derecho hereditario que el derecho societario.

En esa oportunidad —como se lee en el acápite II.1°, fs. 27 vta.— refirió que "En primer lugar cabe destacar que la demandada, señora G. V. N. no se presenta en la sucesión de su marido como heredera sino como socia integrante de la sociedad conyugal que mantenía con el causante y nunca había sido disuelta, ergo lo que reclama es su cuota parte societaria equivalente al 50% de los bienes que forman el acervo hereditario cuya sociedad es declarada disuelta por ministerio de la ley por el fallecimiento de uno de los socios o sea que no puede ser excluida a percibir su cuota parte societaria porque ello sería atentar contra su derecho constitucional de propiedad".

Precisamente, dictada que fuera la sentencia y no habiéndose expedido al respecto, la ahora apelante le requirió al juez (el 05/03/2020, fs. 442) aclare si "...a pesar que la sentencia definitiva que resuelve la exclusión de la vocación hereditaria...": "...sus derechos societarios al 50% de los bienes gananciales, hoy

comunes, se mantienen incólumes en su carácter de cónyuge supérstite habida cuenta que no existió divorcio ni liquidación de los bienes conyugales" y, si de reunir los requisitos necesarios como esposa del causante en el trámite sucesorio "C., A. A. s/ sucesión ab intestato" —Expte. N° 129.501 del juzgado N° Tres— "sería incluida como cónyuge supérstite en la declaratoria de herederos", más, tampoco obtuvo allí resolución, considerando aquel que dicho planteo excedía el marco del recurso de aclaratoria propuesto (art. 158 inciso 2°, del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Pues bien, cotejando la escritura pública obrante en el proceso (fs. 19 de este trámite y a fs. 77/81 del trámite sucesorio N° 129501) y conforme surge de ese acto, el Escribano autorizante dejó constancia que "....el señor A. A. C.... manifiesta bajo juramento asumiendo las responsabilidades en las que pudiere incurrir, ser de estado civil casado en primeras nupcias con la señora G. V. N. bajo el régimen de comunidad de bienes", de allí que lo así manifestado por C. y dado la relevancia que tiene con la restante cuestión en controversia como ahora de recurso, no podía ni puede ser omitido.

Es que, determinar si existía o no intención de continuar el proyecto de vida en común, como tal, puede tener ligamen a fin de resolver la exclusión hereditaria de la cónyuge de acuerdo a lo previsto por el art. 2437 del Cód. Civ. y Com., pero en lo que interesa al régimen patrimonial basado en la comunidad de bienes y el eventual derecho a la cuota parte en los gananciales —tal la pretensión de la cónyuge supérstite— no tiene importancia, meno aun dirimente, sino que lo que debe analizarse es si el vínculo matrimonial al tiempo de su muerte estaba o no previamente disuelto (p.ej. divorcio) y, por consiguiente, si subsistía o no la comunidad de bienes.

Por lo cual, cierto es que C. antes de fallecer —dos años antes— señaló expresamente ser de estado civil casado y que el inmueble adquirido quedaba comprendido dentro de la comunidad de bienes y, por el contrario, nada dijo allí (pudiendo hacerlo, pej. respecto de si dicho bien era adquirido con dinero o bienes propio) sino que, por el contrario, la voluntad fue expresada a favor de la unión matrimonial y consecuente validez de ese acto jurídico, sin que —como bien sostiene la apelante—, hubieran mediado además motivos a favor de la destrucción de aquel vínculo; en el caso, los que prevé el art. 435 del Cód. Civ. y Com. "...a. muerte de uno de los cónyuges, b. sentencia firme de ausencia con presunción de fallecimiento; c. divorcio declarado judicialmente".

Tampoco resulta desacreditado que la comunidad de bienes habida entre los cónyuges (art. 463 del Cód. Civ. y Com.) se hubiera previamente extinguido, por cuanto, al igual que el vínculo matrimonial, ello se concretó con la muerte de C. (art. 475 inc. a) Cód. Civ. y Com.), sin que acontecieran antes de ello alguno de los demás supuestos legalmente previstos para su finalización (b: anulación del matrimonio putativo; c. divorcio; d. la separación de bienes; c. la modificación del régimen matrimonial).

Por el contrario, incluso las constancias del trámites sucesorio dan cuenta que la apelante tuvo participación en aquel suscribiendo un contrato de locación respecto del inmueble (Partida N° 700.003) inscripto como 100 % de titularidad de C. (según informe de fs. 404) y, luego de su fallecimiento (21/03/2019, fs. 93/97), junto con los descendientes de aquel (G. F. representado por su madre S. y A. C. por sí), haciendo constar previamente (fs. 82/82 vta.) que estaba de acuerdo con la renovación de ese alquiler y que los fondos provenientes de ese contrato, debían distribuirse "...en el 50% para la cónyuge supérstite....habida cuenta que se trata de un bien ganancial integrante de la comunidad de bienes de la sociedad conyugal y el 50% restante debería ser distribuido el 25% para cada uno de los hijos del causante, el niño G. C. y señorita A. C.", de lo cual se corrió traslado a S. (fs. 84) atento la representación acreditada respecto de su hijo, sin que se efectuara observación al respecto, sino que, aquel fue finalmente instrumentado.

Razón por la cual, siendo que al tiempo del fallecimiento de A. A. C. el vínculo matrimonial con G. V. N. como el régimen de comunidad de bienes existentes entre los cónyuges subsistían y siendo que los bienes integrantes de la sociedad conyugal existentes a esa fecha se presumen gananciales (cfe. art. 466 del Cód. Civ. y Comercial), el derecho de aquella a participar en el sucesorio en su calidad de cónyuge supérstite en reclamo de su cuota parte en los gananciales, se encuentra suficientemente acreditado, sin perjuicio que la calificación de aquellos excede el marco de esta acción debiendo estarse a lo que allí resulte.

II.c) 3. En suma, si bien cabe confirmar la exclusión de la vocación hereditaria de G. V. N. respecto de su cónyuge A. A. C. de conformidad con lo estatuido por el artículo 2437 del Cód. Civ. y Comercial según fuera decidido en la anterior instancia y, por consiguiente, que de ello deriva que no concurra como heredera junto con los descendientes G. C. —hijo de aquel con S.— y A. C. —hija común de ella con el causante— sobre los bienes propios de aquel, no implica que sea excluida su participación en el sucesorio de aquel en su calidad de cónyuge supérstite y reclamando el derecho que le corresponde en los gananciales a tenor del régimen de comunidad de bienes vigente a la fecha de su fallecimiento.

Razón por la cual, dado que el juez al sentenciar no se expidió respecto de esa pretensión que integró la controversia en la anterior instancia y tampoco lo hizo luego teniendo la oportunidad de hacerlo al resolver la aclaratoria requerida, corresponde que esa omisión sea ahora subsanada por ser motivo de particular agravio y como tal, así se admite (art. 258 del Cód. Proc. Civ. y Comercial).

III. De las costas y honorarios

Atento que el recurso se admite parcialmente, las costas de primera y segunda instancia se distribuyen en el orden causado (arts. 62 —parte final— y 258 del Cód. Proc. Civ. y Comercial), dado que ambas partes resultan recíprocamente vencedoras y vencidas en sus pretensiones como en su postulación recursiva.

Asimismo, dado que los honorarios fijados en la sentencia de primera instancia ($..., punto 2, fs. 437) a favor de María Anahí Cozzarin —abogada de la parte actora S. en representación de G. C.— no fueron motivo de agravios ahora se mantienen y, se elevan a la misma suma ($...) y en conjunto a favor de Atilio Carlos Gambulli y Verónica Natalia Varela Opizzo —como abogados de la parte demandada N.— conforme el marco normativo allí indicado (arts. 6, 7, 9,14,33 de la ley 1007).

Los de esta instancia se fijan en el 30% a favor de María Anahí Cozzarin mientras que en igual porcentual —en conjunto— a favor de Atilio Carlos Gambulli, ambos a liquidarse sobres los honorarios regulados para la primera instancia (art. 6, 7 y 14 de la ley 1007) con más IVA en caso de así corresponder de acuerdo a la condición tributaria de los profesionales frente a ese impuesto.

Por ello, la Sala 1 de la Cámara de Apelaciones, por unanimidad resuelve: I. Admitir parcialmente el recurso de apelación deducido por G. V. N. contra la sentencia de fecha 02/03/2020 (fs. 430/437) y, en consecuencia, confirmar lo decidido en la anterior instancia respecto de la exclusión —de conformidad al artículo 2437 del Cód. Civ. y Comercial— de sus derechos hereditarios en la sucesión de A. A. C. ("C. A. A. s/ Sucesión Ab-Intestato" Expte. 129501/2018) y, hacer lugar su participación en ese proceso en su calidad de cónyuge supérstite respecto de los derechos que pudieran corresponderle en los bienes gananciales a resultas de la liquidación de la sociedad conyugal, conforme se explica en los considerandos de la presente. II. Imponer las costas de primera y segunda instancia derivadas de la sustanciación de la presente acción de exclusión hereditaria en el orden causado (arts. 62 —parte final— y 258 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y readecuar los honorarios de primera instancia como fijar los de esta Segunda Instancia en los términos indicados en el considerando III). III. Regístrese, notifíquese (art. 461 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y, firme que se encuentre la presente, devuélvase al Juzgado de origen junto con el trámite sucesorio agregado "C. A. A. s/ sucesión *ab-intestato*" Expte. 129.501/2018). — *Marina E. Álvarez. — Laura B. Torres.*

Exclusión de derechos hereditarios del cónyuge: la voluntad de ambos esposos, aun no conviviendo, ¿es suficiente para mantener el proyecto de vida en común?

Avelino Rolon (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La degradación del matrimonio.— III. Los hechos que dieron lugar a la decisión judicial comentada.— IV. La separación de hecho sin voluntad de unirse o la ruptura del proyecto de vida en común.— V. La eliminación de la culpa en la ruptura del proyecto de vida en común.— VI. ¿Cómo se configura la falta de voluntad de recomponer el proyecto de vida en común?— VII. La decisión de la Cámara de La Pampa en la sentencia en comentario.— VIII. Conclusión.

I. Introducción

Una resolución de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de Santa Rosa (a la que adelante identificaremos como "Cámara de La Pampa") reabre el debate sobre un tema añejo que ha tenido múltiples aristas a través de los diferentes textos legales y que el Cód. Civ. y Com. parece no haber conseguido limar. Estamos hablando de la exclusión de derecho hereditario entre cónyuges en caso de "separación de hecho sin voluntad de unirse", como reza ahora el art. 2437.

El objeto de este trabajo es formular ciertas consideraciones sobre el tema en general y, en particular, desbrozar el fallo de la Cámara de La Pampa con el objetivo de establecer si este se ajusta a lo que sería la interpretación de dicha norma.

(*) 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.

II. La degradación del matrimonio

Hoy en día, luego de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., se acepta que el matrimonio es un contrato. Ya casi no existen discusiones al respecto. Los derechos que los cónyuges se obligan a respetar son muy relativos y sus incumplimientos no tienen casi consecuencias, excepto prestarse asistencia mutua. Hasta la infidelidad no tiene sanción, tratándose solo de un incumplimiento a un deber moral (art. 431). El divorcio, como reflejo de una aspiración voluntarista suprema, puede ser peticionado por cualquiera de los cónyuges, sin expresión de causa alguna y sin dejar transcurrir ningún plazo mínimo desde la celebración del acto. Ello sin duda ha vaciado a la institución matrimonial de gran parte de su contenido, diluyendo el compromiso legal y facilitándose por otro lado al máximo su disolución **(1)**.

(1) MAZZINGHI, Esteban M., "Derechos y deberes de los cónyuges", ED, p. 19.

Se han argüido en pos de la reforma varias posturas que giran alrededor de los cambios culturales de nuestra sociedad, del progreso tecnológico, de la globalidad y de una notable modificación de nuestras costumbres. Se suman a ello cuestiones generacionales que reflejan sin dudas una creciente falta de compromiso en distintos órdenes de la vida por parte de nuestros hijos, al menos con el alcance que la palabra "compromiso" tiene, o tenía a la edad de ellos, para los que hemos empezado a peinar canas.

Resultaría necio de nuestra parte negar todo lo anterior. Por el contrario, aplaudimos muchos de esos cambios, de ese progreso y del vivir en una sociedad más global que nos acerca al resto del mundo. Y es verdad también que la legislación debe acompañar todo ello, en la medida de lo posible y dentro de un marco de racionalidad, receptando y aceptando la realidad.

De todas formas, afirmamos que el matrimonio ha quedado sumamente degradado. A punto tal que varias relaciones y contratos civiles y comerciales tienen hoy una protección y una serie de derechos y obligaciones que son de mayor relevancia para las partes que los que el matrimonio conlleva. Solo por mencionar unos pocos casos, los arts. 1492, 1493, 1508 y 1522 del Cód. Civ. y Com. prevén protecciones en materia de plazo, preaviso e indemnización en caso de extinción de las relaciones contractuales para el agente, concesionario y franquiciado, sin dejar de mencionar los derechos que ellos tienen, que resultan muchísimo más extensos que las protecciones y los derechos de los cónyuges. Hoy el matrimonio se disuelve por divorcio por la mera voluntad de unos de los cónyuges (expresada judicialmente), como dijimos más arriba.

Ni hablar ya de la protección de los consumidores, erigidos desde hace un tiempo en unos de los actores principales de las relaciones jurídicas; ellos, entre otras concesiones, deben recibir trato digno, equitativo y no discriminatorio (ídem arts. 1097 y 1098). Parecería que los cónyuges no son merecedores de semejantes privilegios. Ellos se comprometen a desarrollar un *proyecto de vida en común* basado en la cooperación, la convivencia y el ya dicho "deber moral" de fidelidad. La única obligación verdadera y ejecutable en caso de incumplimiento es la asistencia mutua (art. 431).

No desconocemos que estamos en presencia de dos universos distintos: de contratos y relaciones comerciales por un lado y de una institución basada en las relaciones humanas, el afecto mutuo y, sí, en el desarrollo de un proyecto de vida en común, por otro. Pero, acertado como puede llegar a ser este último objetivo, lo cierto es que un proyecto de vida en común puede desarrollarse sin ningún inconveniente *fuera del matrimonio* también. No sería descabellado predecir que podría pasar no mucho tiempo hasta que la legislación vernácula deje de regular el matrimonio como acto jurídico, sus formas, celebración, disolución, etc., sino solamente sus efectos y consecuencias económicas o de otra índole.

Todo lo anterior tiene su relevancia a la luz del análisis del fallo de la Cámara de La Pampa que se comenta en este trabajo. Ello en tanto decidió excluir el derecho hereditario de la cónyuge supérstite separada de hecho, aplicando un estándar superior al que se requiere para la disolución por divorcio del matrimonio, y en cuyos fundamentos parece haberse inmiscuido un elemento subjetivo que contradice la arquitectura del Cód. Civ. y Com. sobre la materia.

III. Los hechos que dieron lugar a la decisión judicial comentada

Resumimos a continuación los hechos salientes de la decisión de la Cámara de La Pampa, con la aclaración de que nos asiste el beneficio (o la desventaja) de no haber tenido acceso al expediente, en particular a la prueba producida, más allá de las referencias que se apuntan en el propio fallo.

Los cónyuges G. V. N. y el causante A. A. C. vivieron al menos desde 1997 en ciudades y provincias diferentes. La mudanza de C. habría obedecido a razones laborales. El *de cujus* entabló una relación y convivió varios años con M. J. S., con quien tuvo un hijo, G. F. C. La madre de este último, en su representación, demandó la exclusión del derecho hereditario de N. fundada en que esta se hallaba separada de hecho de C. sin voluntad de unirse al momento de su defunción en el año 2018. No resulta del todo

claro si a la fecha de este último suceso C. y S. ya no convivían, aunque parecería haber sido el caso. En el mes de mayo de 2016 el causante había sufrido un grave accidente, de resultas del cual fue trasladado a un geriátrico, en el que residió hasta su muerte. De relevancia para el análisis debe apuntarse que unos meses después de su accidente, en mayo de 2016, el *de cujus* habría adquirido un inmueble manifestando en la escritura pública, bajo juramento, que "...asumiendo las responsabilidades en las que pudiera incurrir, ser de estado civil casado en primeras nupcias con la señora G. V. N. bajo el régimen de comunidad de bienes". No resulta de la sentencia que el Sr. C. hubiera tenido algún tipo de alteración de sus facultades mentales o que se hubiera esgrimido en el expediente la invalidez de tal manifestación por algún vicio de la voluntad. Hasta la muerte de C., la demandada N. continuó viviendo en forma separada de aquel, aunque el vínculo matrimonial nunca fue disuelto judicialmente. Manifestó la cónyuge supérstite a este respecto que hasta esa fecha el proyecto de vida en común permaneció vigente no obstante residir ambos en lugares diferentes.

La Cámara de La Pampa, en forma coincidente con lo decidido en primera instancia, resolvió la exclusión del derecho hereditario de N. por no haber acreditado esta la subsistencia del proyecto de vida en común que dijo mantener con su cónyuge de modo inalterable. Agregó la decisión en este sentido, que "no surgió corroborado que lo visitara [al causante] ni que efectuara otras demostraciones colaborativas para con su esposo".

Se desprende del fallo una orfandad (o insuficiencia) de prueba por parte de N. que quizás podría haber conducido a otro resultado. No es el objetivo de este trabajo adentrarnos en ese tema, entre otras razones porque en la postura que sostenemos ello hubiera sido irrelevante. En esa línea de pensamiento, sostenemos que la solución del caso no se ajustaría a una recta interpretación de la legislación vigente. Ello sin dejar de señalar que, a la luz de la justicia distributiva y de los principios subjetivos que rigieron hasta 2015, la solución del caso parecería haber sido equitativa.

IV. La separación de hecho sin voluntad de unirse o la ruptura del proyecto de vida en común

La cuestión debe analizarse desde la óptica del art. 2437 del Cód. Civ. y Com., como así lo hizo la Cámara de La Pampa **(2)**. En lo que aquí interesa, la "separación de hecho sin voluntad de unirse" excluye el derecho hereditario entre cónyuges.

Obviaremos la evolución que ha tenido esta cuestión desde la época del art. 3575 del Cód. Civil previo a la reforma de la ley 17.711 de 1968, lo que dispuso esta y luego el cambio operado por la ley 23.515. Esa evolución no ha estado exenta de posiciones doctrinarias y jurisprudenciales disímiles y hasta de un plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil **(3)**.

La fórmula que adopta el Cód. Civ. y Com. es exactamente igual a la del art. 3575 del viejo Cód. Civil. Claramente, el contenido y el alcance de la separación de hecho sin voluntad de unirse son diametralmente opuestos hoy. Baste solo recordar que dicho cuerpo legal no contemplaba el divorcio vincular. También recordemos que con la reforma del aquel art. 3575 por la ley 17.711 se introdujo el elemento subjetivo de culpa de uno de los cónyuges en la separación de hecho para que, precisamente el culpable, fuera excluido de la herencia en la sucesión del otro.

Hoy todo ello aparentemente parecería no tener cabida dentro del Cód. Civ. y Com. Aunque, como luego se verá, nuestra opinión es que se presentan un par de contradicciones trascendentes que, según se vea, impactan en la decisión tomada en el fallo anotado.

La separación de hecho no tiene una definición o una regulación autónoma dentro de nuestro ordenamiento jurídico. Existe con-

(2) Hacemos esta referencia que parece obvia. Pero es que los hechos analizados en la sentencia en comentario podrían haber dado lugar a la invocación de una causal de indignidad de la cónyuge supérstite con base en lo dispuesto por el art. 2281, inc. e) del Cód. Civ. y Com.

(3) Una reseña de esa evolución puede consultarse en el trabajo de ÁLAMO, Roxana, "La exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge separado de hecho", AR/DOC/2397/2016.

senso, no obstante ello, en que la separación de hecho sin voluntad de unirse requiere de dos elementos: uno objetivo, el hecho de la separación de los cónyuges. El otro, de carácter subjetivo; la ausencia de voluntad de recomponer el proyecto de vida en común. Y para esto último se basta la decisión rupturista de uno solo de los cónyuges.

Es curioso y contradictorio que se hable de "separación" de los cónyuges cuando el propio Cód. Civ. y Com. no exige que ellos cohabiten o vivan bajo el mismo techo. Recordemos que el art. 431 habla de un proyecto de vida en común basado en la convivencia. Pero convivencia no es cohabitación y la cohabitación no es una obligación matrimonial. La convivencia es un deber jurídico, aunque su violación no puede ocasionar ningún efecto en atención a la lógica interna de un sistema incausado de divorcio **(4)**. Los cónyuges pueden no cohabitar, pero mantener vivo aquel proyecto de vida en común. Leemos u oímos a diario anécdotas de parejas de nuestro país en las que uno de sus integrantes se ha trasladado al exterior por razones laborales por un largo período y el otro permanece aquí. O de una historia reciente publicada en un medio, en la que un matrimonio se mudó a Nueva Zelanda y la mujer fue contratada por una cadena de hoteles en las Islas Maldivas para residir allí. Su marido permaneció, también por razones laborales, en aquel país y luego de un tiempo prudencial volvió a la Argentina para encarar un emprendimiento. La mujer siguió trabajando en aquel archipiélago. En dos años aproximadamente los cónyuges "cohabitaron" muy poco tiempo: en los ocasionales fines de semana en los que él viajaba a las islas para encontrarse con ella. Aun así, el proyecto conyugal se mantuvo vivo. Por eso, insistimos, en la economía del Cód. Civ. y Com. deberíamos hablar de "ruptura del proyecto de vida en común" en función de las pautas del art. 431 y no de "separación de hecho", en una rémora de la antigua legislación **(5)**. La misma decisión de la Cámara de La Pampa resalta la contradicción señalada en el párrafo anterior.

¿Y de qué se trata entonces el "proyecto de vida en común"? Tampoco existe una definición legal y, de hecho, es una expresión absolutamente multívoca: hay tantos proyectos de vida en común como matrimonios. Así, y sin necesidad de mucha elaboración, una pareja puede seguir el esquema tradicional (cohabitación más procreación más afecto mutuo) mientras que otra puede decidir no cohabitar y mantener domicilios separados, sin planificar el nacimiento o crianza de hijos; situación esta última que se presenta a menudo en los matrimonios ensamblados. Y, por supuesto, existen un número infinito de otras situaciones que a los efectos de este análisis resulta inútil apuntar. Se ha dicho al respecto que el "proyecto compartido" tiene una importante función pedagógica, en tanto propicia el abandono de las estructuras de subordinación por modelos de coordinación matrimonial y familiar, y el reemplazo de todo resabio de relaciones verticales por modelos horizontales y cooperativos, sostenidos por una dinámica democrática asentada en el respeto por la diversidad y la tolerancia **(6)**. En el mismo sentido, se ha expresado que el matrimonio —amén del régimen que la pareja determine adoptar— supone una unidad económica, pues el patrimonio se construye en gran medida por los aportes que la pareja hace, bien a través de la colaboración, ideas, apoyo emocional, ayuda, solidaridad, complicidad en los proyectos que se construyen, aun cuando el aporte netamente económico venga de uno solo de los cónyuges, es decir, el carácter de bien propio o de bien ganancial o comunitario no excluye en modo alguno que en uno o en otro extremo, esté presente el talento, el ingenio, la ayuda, la confraternidad de la pareja **(7)**.

V. La eliminación de la culpa en la ruptura del proyecto de vida en común

Hicimos alusión en el párrafo anterior a los dos elementos, objetivo y subjetivo, que se requieren para que se excluya de derechos here-

(4) LORENZETTI, Ricardo Luis, "Código Civil y Comercial Explicado", comentario al art. 2437, p. 288.

(5) HERNÁNDEZ, Lidia B. y UGARTE, Luis A., "Tratado de las Sucesiones", identifican un importante número de disposiciones del Cód. Civ. y Com. que presuponen para su aplicación el deber de cohabitación en el matrimonio. Ver su t. II, p. 175.

(6) VOGET, Ana L., "La fuerza de los hechos. Exclusión de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite", AR/DOC/3476/2017.

(7) PEREZ GALLARDO, Leonardo B., "La ruptura de la convivencia como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge supérstite", AR/DOC/699/2018.

ditarios al cónyuge sobreviviente en la ruptura del proyecto de vida en común.

El primero de ellos, la separación de los esposos, además del hecho material fácilmente demostrable, exige que se trate de una falta de convivencia que no obedezca a razones de otra índole que ellos libremente han elegido, pero siempre con el objetivo de mantener vivo el proyecto de vida en común. Aludimos antes a razones laborales como un ejemplo, aunque pueden existir otros (médicos, una internación, viajes, conflictos bélicos, etc.). Por otro lado, la doctrina sostiene que debe tratarse de una separación permanente y no temporaria, como sería aquella decisión clásica de muchas parejas convivientes de "tomarse un tiempo", para decidir su futuro conjunto, sea conviviendo o no. Nos preguntamos: si los integrantes de un matrimonio deciden, obviamente de común acuerdo, dejar de convivir en el hogar conyugal y pasar a habitar en distintas viviendas cada uno, manteniendo un régimen de comunicación, de encuentros, de vacaciones y hasta de gastos, diversos al primero, ¿es ello una ruptura del proyecto de vida en común? Creemos que no, en la medida que haya sido así decidido por los esposos. Y hasta podría, llegando al absurdo, darse el supuesto de pactarse algunos "permitidos" (usando la terminología actual), ya que la fidelidad es solo un deber moral y no legal. Es más, el proyecto de vida en común puede mutar muchas veces durante el matrimonio por innumerables circunstancias. Se ha dicho, en postura que compartimos, que la norma *se refiere al sostenimiento de la no convivencia en el tiempo, pero como fin del proyecto de vida en común de los esposos*, atendiendo a su elemento subjetivo. La separación de hecho sin voluntad de unirse podría eventualmente exteriorizar, como hecho, el fin de ese proyecto de vida compartido para los matrimonios que conviven, pero no para aquellos que han decidido no convivir y mantener igualmente el proyecto de vida compartido. Es posible que continúe el proyecto de vida en común y que por ciertas razones los cónyuges no convivan, lo que en modo alguno importa una exclusión de la vocación hereditaria conyugal, fundada en una "separación de hecho" que no se ha configurado **(8)**.

Se colige de lo anterior que la "separación de hecho", como sinónimo de falta de cohabitación o convivencia, no es un requisito *desde el mismo momento que los cónyuges no están obligados a convivir o cohabitar.* Es claro que constituye un elemento importante del proyecto de vida en común en los términos del art. 431 **(9)**. Pero, insistimos, lo determinante es la ruptura del proyecto de vida en común.

No existe, ha quedado eliminado, el concepto de culpa en la separación, *rectius* en la ruptura de tal proyecto. Ello, como sostiene toda la doctrina, a partir de la nueva estructura del divorcio en la cual se decreta a sola petición de uno de los cónyuges y sin invocación de causa que pueda atribuirse a alguno de ellos.

VI. ¿Cómo se configura la falta de voluntad de recomponer el proyecto de vida en común?

Ya se ha visto que la "separación de hecho", como sinónimo de cese de la convivencia, no basta para que se pierda la vocación hereditaria. La convivencia conyugal no es hoy un deber jurídico. La permanencia de esa separación o de la ruptura del proyecto inicial de vida en común tampoco; los cónyuges pueden haber reconfigurado ese proyecto, manteniéndolo con otros elementos diversos a los primigenios. Tampoco la culpa puede ser siquiera invocada en esa ruptura, sea transitoria o permanente.

Entonces, ¿de qué manera se configuraría la falta de voluntad de recomponer el proyecto de vida en común? Sostenemos que en la concepción del Cód. Civ. y Com. solo tendría lugar ante la decisión, la voluntad, de uno o de ambos cónyuges, para lo cual únicamente sería necesario probar en el juicio de exclusión que *no* existen manifestaciones de ellos que hubieran exteriorizado esa voluntad rupturista. La exclusión solo tendría lugar si existe prueba de esa manifestación de voluntad. Caso contrario, el vínculo matrimonial debe considerarse como existente. Es decir, la solución, en nuestra opinión, es que los derechos hereditarios del cónyuge supérstite

(8) IGNACIO, Graciela, "Cese del proyecto de vida en común como causa de extinción de la vocación hereditaria del cónyuge sobreviviente...", DFyP 2016 (diciembre), p. 201.

(9) GALLI FIANT, María Magdalena y BERÓN, Nicolás G., "Efectos sucesorios de la ruptura del proyecto de vida en común", AR/DOC/2366/2020.

se mantienen, aun si los integrantes del matrimonio están separados de hecho. La vocación hereditaria en tal supuesto solo se pierde si al menos uno de los cónyuges ha asumido o manifestado una voluntad claramente contraria a la unión matrimonial **(10)**.

Es que si para el divorcio *a piacere* del Cód. Civ. y Com. basta la sola voluntad, la sola decisión, de uno solo de los cónyuges, el mismo criterio debe aplicarse para la ruptura del proyecto de vida común que excluye los derechos hereditarios del supérstite. Pero si esa voluntad rupturista no se ha puesto de manifiesto, no se ha expresado de manera concluyente, la vocación hereditaria se mantiene. No es necesario, en nuestra opinión, requerir la prueba confirmatoria de la voluntad expresa de continuar el matrimonio o el proyecto de vida en común. La ausencia de ella presupondría una manifestación tácita (art. 264 del Cód. Civ. y Com.). Bastaría, por ejemplo, en el juicio de exclusión que se le pueda iniciar al supérstite, la manifestación de este en tal sentido: que mantiene vivo el proyecto de vida en común a pesar de cualesquiera circunstancias que pudieran haber conducido a la separación, incluso de hechos posteriores a este, y en la medida también que el causante no hubiera efectuado una manifestación en contrario respecto de la continuidad de aquel proyecto. La carga de la prueba correspondería a quien alegare que esa manifestación no es verdadera y que el cónyuge o el causante han expresado en forma expresa su voluntad rupturista. Insistimos, no cabría aquí una consideración sobre la culpa. Si los cónyuges, como en el caso aquí comentado (el cual analizaremos en mayor detalle en el párrafo siguiente), han estado separados, o han tenido hijos de otras parejas, pero jamás han recurrido al hoy simplísimo expediente de solicitar judicialmente el divorcio ni han puesto de manifiesto su voluntad rupturista, no cabría inmiscuirse en la intimidad de ese matrimonio para indagar en las razones que los llevaron a mantenerlo en vigencia a pesar de todas esas circunstancias.

Así como nadie debe permanecer casado si no lo quiere y el camino para lograr la disolución del vínculo está fácilmente abierto sin interesar el comportamiento que cada uno de los cónyuges haya tenido durante el matrimonio **(11)**, nadie puede tampoco entrometerse en la vida matrimonial, y mucho menos excluir de derechos hereditarios al supérstite producida la muerte de uno de ellos, si no han manifestado concluyentemente su intención de romper ese vínculo, cualesquiera sean las razones por las cuales no lo hubieren hecho. En nuestra opinión, sostener lo contrario sería establecer una suerte de "orden público", inaceptable frente a la libertad individual de que gozan los esposos, y que constituye el sustento filosófico sobre el cual se apoya el divorcio hoy en día. Advertimos un comportamiento errático en la solución contraria (a la cual está apegada la doctrina del fallo en comentario): en vida de los esposos no se puede averiguar nada sobre sus comportamientos; pero parecería que a la muerte de uno de ellos se les abre la puerta a los que pretenden derechos hereditarios por encima del cónyuge sobreviviente para discutir toda una serie de intimidades conyugales, incluso más allá de lo que pudieran haber manifestado los esposos. Nos parece peligrosamente inaceptable.

Se inscribiría en la misma posición el caso que registra la jurisprudencia en la decisión de la Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de San Isidro, Sala I **(12)**, donde el causante había muerto en el mes de septiembre de 2015, es decir a pocas semanas de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. Allí, los cónyuges habían iniciado en forma conjunta su divorcio y antes del dictado de la sentencia se produjo el deceso del marido. Los padres de este solicitaron la exclusión de los derechos hereditarios de la supérstite, la que fue acogida por aquel Tribunal. En los fundamentos de la decisión se expresó que "la voluntad unilateral de uno de los cónyuges es suficiente para obtener una sentencia de divorcio. Del mismo modo una única voluntad de no reanudar la convivencia para que se produzca la exclusión de la herencia también es suficiente. En el caso, la presentación efectuada por ambos cónyuges solicitando su divorcio vincular, más allá del dictado de la sentencia, re-

(10) Conf. HERNÁNDEZ y UGARTE, ob. cit., p. 178 y los autores citados en la nota 125.

(11) MAZZINGHI, ob. cit., p. 9.

(12) M. S. J. s/ sucesión ab-intestato, Expte. SI-40535-2015, sentencia del 13 de septiembre de 2016, AR/JUR/71620/2016.

fleja su clara voluntad de no continuar con una vida en común". En este precedente hubo inequívocamente una manifestación expresa de no mantener el vínculo matrimonial, no solo de uno sino de ambos cónyuges.

Es la voluntad de los integrantes de la unión la que define la continuidad o el cese de la plena comunidad de vida, en tanto el matrimonio representa un proyecto de vida común. Luego, si alguno de sus integrantes o ambos ya no mantienen dicha voluntad, ninguna razón habría para sostener la vigencia de dicha unión **(13)**. Es suficiente que la voluntad de uno de los cónyuges falte para que el proyecto no pueda llevarse adelante y como consecuencia de ello se produzca la exclusión de la vocación hereditaria de los cónyuges **(14)**. Insistimos, debe configurarse una manifestación expresa en ese sentido. En nuestra postura no serían atendibles situaciones de hecho (por ejemplo, la cohabitación con otra persona o el nacimiento de descendencia extramatrimonial) de los que pudieran inferirse esa manifestación. Tampoco el cese de la convivencia, la que —como vimos— puede responder a múltiples razones que no necesariamente implican o conllevan la ruptura del proyecto.

VII. La decisión de la Cámara de La Pampa en la sentencia en comentario

A la luz de los principios que, según nuestra opinión, deben tenerse en cuenta para la exclusión de los derechos hereditarios, nos adentraremos brevemente en el análisis de la decisión de la Cámara de La Pampa. Los hechos que condujeron a ella ya fueron reseñados en el Capítulo III de este trabajo.

Corresponde consecuentemente preguntarnos si la sentencia resulta ajustada a dichos principios. Nuestra opinión es que, con base en la posición que sustentamos, la decisión debió ser contraria a la exclusión de los derechos de la viuda; es decir, se debió haber mantenido la vocación hereditaria de esta última, por lo que la demanda debió ser rechazada. Nos explicamos en los párrafos que siguen.

Entendemos que tal vocación hereditaria debió haber sido mantenida, fundamentalmente por dos razones. En primer lugar, la sentencia le restó trascendencia a la manifestación de voluntad que el causante realizó, por escritura pública, dos años antes de su deceso, sin que se hayan acreditado o puesto de relieve en la decisión hechos posteriores que contradijeran tal manifestación.

Repasémosla: en mayo de 2016, el *de cujus* habría adquirido un inmueble manifestando bajo juramento en la escritura pública que "...asumiendo las responsabilidades en las que pudiera incurrir, ser de estado civil casado en primeras nupcias con la señora G. V. N. bajo el régimen de comunidad de bienes". Repetimos que no resulta de la sentencia que el causante C. hubiera tenido algún tipo de alteración de sus facultades mentales o que se hubiera esgrimido en el expediente la invalidez de tal manifestación por algún vicio de la voluntad. Si no se acreditaron hechos posteriores que desmintieran esa manifestación, nos preguntamos qué otra probanza habría sido necesaria para demostrar que el causante, por las razones que fueren, tenía la intención de mantener el vínculo matrimonial. Ninguna. El causante, en pleno uso de sus facultades mentales y mediante escritura pública expresó libremente su intención, "asumiendo las responsabilidades en que pudiera incurrir". ¿Y las razones para realizar esa manifestación? Las desconocemos; y el causante se las llevó a la tumba. Pero cualesquiera que ellas hubieran sido, resultan absolutamente irrelevantes. Se ha dicho que esta causal reposa en la voluntad presunta del causante, que el legislador toma y es esa voluntad la que la ley interpreta **(15)**. Pues bien, en el caso no existió una voluntad presunta. Todo lo contrario, existió una voluntad expresa formulada por el causante no mucho tiempo antes de morir. ¿Qué más se necesitaba?

En la postura que sostenemos, esto es que la vocación hereditaria la pierde el cónyuge que ha asumido o manifestado una voluntad claramente contraria a la unión matrimonial, en el caso se dio el caso inverso. Claro que nos referimos

(13) SOLARI, Néstor E., citado por MAZZINGHI, ob. cit., p. 68, nota al pie 7.

(14) ORTIZ, Diego, "Sensatez y sentimientos en el derecho sucesorio", AR/DOC/301/2017.

(15) VOGET, ob. y loc. cit.

al causante y a quien debemos mirar no es a él sino a la viuda, cuyos derechos hereditarios se cuestionaron en el expediente.

La segunda razón por la cual entendemos que la decisión no es acertada se funda, precisamente, en que no se ponderó adecuadamente la situación de la viuda ni la postura asumida por esta en el juicio. En primer lugar, su sola defensa en pos de mantener su vocación hereditaria entendemos que hubiera bastado, en la medida que no se haya probado en el juicio, como ocurrió, una manifestación de voluntad claramente rupturista. ¿En cuáles argumentos entonces fundamentó la Cámara de La Pampa la exclusión a su respecto? En que, confirmando lo dicho en primera instancia, "no surgió corroborado que visitara al causante ni que efectuara otras demostraciones colaborativas para con su esposo, aspecto sobre el cual los testigos no fueron interrogados". Más allá de la posición que se pueda tomar en la materia, creemos que la ponderación de esta circunstancia es poco feliz. La valoración de una conducta reprochable por parte de la viuda podría haberla expuesto, en la perspectiva que toma la Cámara de La Pampa, a un supuesto de indignidad (art. 2281, inc. e, del Cód. Civ. y Com.). Pero ello no fue planteado ni decidido en el juicio de exclusión de sus derechos hereditarios. *Lo que sí se ha hecho en la decisión es imputar a la viuda una culpabilidad en la ruptura del proyecto de vida en común*, resultando ello "nodal" al decir del Tribunal.

Es por esta segunda razón también que consideramos desacertada la decisión: la culpa no es un elemento para tener en cuenta en el divorcio incausado del Cód. Civ. y Com. Ergo, tampoco la culpa de uno de los cónyuges en la ruptura del proyecto de vida en común excluye sus derechos hereditarios en la sucesión del otro. Caso contrario, la ley estaría aplicando un estándar superior al que se requiere para la disolución del vínculo por divorcio, lo cual es inaceptable. El derecho hereditario conyugal debe ser coherente con los principios que rigen el mantenimiento del matrimonio al momento de la muerte de uno de sus integrantes.

No dejamos de tener en cuenta un antecedente jurisprudencial en donde se ponderó negativamente, y se excluyó al esposo de la sucesión de su cónyuge, con base en hechos similares: el viudo no habría asistido a aquella en la etapa de su enfermedad, no la visitaba en el geriátrico ni se ocupaba económicamente de ella **(16)**. Pero esa decisión fue tomada bajo el prisma del Cód. Civil derogado. Consideramos más equitativa esa solución; pero, claro, los principios legales eran otros, más equilibrados. Por ello, y tal como expresamos al principio, sostenemos que la solución del caso no se ajustaría a una recta interpretación de la legislación vigente. Pero sin dejar de enfatizar que esa misma legislación, al menos en esta materia, le hace un flaco favor a la justicia distributiva.

VIII. Conclusión

Varios aspectos de la profunda reforma que trajo el Cód. Civ. y Com. que son dignos de encomio, también en materia sucesoria. Como se expresó en este trabajo, debe existir coherencia entre el derecho sucesorio conyugal y las normas que rigen el matrimonio al momento de la muerte de uno de sus integrantes. No hay alternativas. La degradación del matrimonio y la facilidad con que este puede disolverse en vida trajo aparejado que las soluciones en materia de exclusión de los derechos hereditarios de los cónyuges sigan la misma suerte. Nos enrolamos en la postura por la cual debe ponderarse la conducta del supérstite al momento de la muerte del otro, tal como la legislación que precedió al Cód. Civ. y Com. lo hizo. Pero este la eliminó de cuajo y desde esa perspectiva debemos manejarnos con sus principios. Y, en base a esos principios, sostenemos que el proyecto de vida matrimonial se mantiene a pesar de la separación de hecho, del tiempo transcurrido y de cualesquiera otras situaciones fácticas posteriores; y siempre en la medida que ninguno de los cónyuges haya manifestado expresamente lo contrario. Y esa debería ser la recta interpretación en materia de exclusión de derechos hereditarios del cónyuge supérstite. Y esa es la razón por la cual no coincidimos con la solución dada en el fallo comentado.

(16) CNCiv., Sala J, 22/03/2016, en LA LEY, 2016-C, 530.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

Comentarios Jurisprudenciales

VIOLENCIA DE GÉNERO

Daños y perjuicios. Indemnización. Demandado obligado a realizar un curso tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres.

Con nota de José Daniel Mendelewicz

1. — Conforme las constancias, quedó acreditado el padecimiento espiritual que ha sufrido la accionante por violencia física, psicológica y económica durante todos los años que convivió con el demandado y hasta aun después de divorciados. Ponderando, entonces, las horrorosas circunstancias traumáticas que llevaron a la actora a iniciar la denuncia por ante la OVD y el presente reclamo judicial, se considera reducida la partida establecida por la *a quo,* por lo que se propicia la elevación del monto reconocido en la instancia de grado.

2. — Sin perjuicio de la condena indemnizatoria ratificada en la presente resolución, corresponde imponer al demandado la asistencia a programas o capacitaciones reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres o afecten a sus derechos, mucho más teniendo en cuenta que la relación entre las partes deberá continuar en virtud de la crianza, formación y cuidado de su hija de 11 años de edad.

3. — La circunstancia de estar ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que necesariamente tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas de la víctima del acto lesivo.

4. — Si hubiese quedado algún tipo de duda acerca del trato o, mejor dicho, del maltrato recibido por la actora en manos del demandado, los testimonios recabados ilustran un poco más acerca de su naturaleza y corroboran lo que las demás pruebas recogidas hacían entrever. Por todo ello, se encuentra abonado holgadamente el obrar antijurídico de aquel y el nexo de causalidad entre ello y los daños sufridos por la parte actora, por lo que se rechazan las quejas vertidas por la demandada y se confirma el fallo en cuanto a la responsabilidad.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Violencia de género.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $1.500.000

Daño psicológico: $1.000.000

CNCiv., sala D, 02/09/2021. - P., S. S. c. B., C. F. s/ daños y perjuicios - familia.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/131758/2021]

COSTAS

Al demandado.

Expte. n° CIV 031074/2016/CA001

2ª Instancia.- Buenos Aires, 2 de septiembre de 2021.

¿Es ajustada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta el doctor *Rolleri* dijo:

I. Apelación

Contra la sentencia dictada por ante la anterior instancia el día 22 de septiembre de 2020, apelaron la parte actora y el demandado reconviniente, quienes expresaron agravios por ante esta alzada a fs. 832/838 y 839/842.

Habiéndose corrido los pertinentes traslados, los mismos fueron evacuados a fs. 844/846 y 847/857.

Con el consentimiento del llamado de autos a sentencia de fs. 861 las actuaciones se encuentran en condiciones para que sea dictado un pronunciamiento definitivo.

II. La sentencia

La resolución de la Jueza a quo hizo lugar a la demanda promovida por la Sra. S. S. P., rechazando la reconvención deducida por el Sr. C. F. B., condenando al accionado a abonar a la actora la suma de pesos un millón ciento cuarenta y tres mil seiscientos ($1.143.600) con más las costas del proceso y los intereses dispuestos de acuerdo a lo establecido en el considerando respectivo

Por último, difirió la regulación de los honorarios de los profesionales intervinientes para una vez que exista liquidación aprobada que contemple los intereses.

III. Agravios

a) La parte actora se agravia al considerar que los montos indemnizatorios fijados en el pronunciamiento recurrido como reparación merecen ser elevados en esta Alzada por considerarlos reducidos.

Luego de ello, también solicita se revoque parcialmente el decisorio recurrido y se fijen los intereses correspondientes desde el 9 de diciembre de 2015 hasta su efectivo pago a la tasa de interés activa BNA.

b) La demandada, por su lado, se alza por encontrarse disconforme con que se haya hecho lugar a la acción intentada por la actora, y en su virtud, desestimado la reconvención deducida por su parte.

Destaca que lo actuado en el proceso 91459/15 refiere a circunstancias denunciadas unilateralmente por la actora, cuya autenticidad y veracidad no fue acreditada en autos.

Subraya que, a su criterio, se efectuó un análisis sesgado y parcial de las pruebas producidas, habiéndose considerado exclusivamente aquellas que se corresponden con el relato de la actora, omitiendo cualquier análisis sobre las impugnaciones que su parte efectúo a lo largo del proceso, como así también sobre las pruebas que desacreditaron los hechos de violencia imputados al demandado.

Rememora que su parte impugnó los testimonios de P., A. y R. por la relación de amistad con la actora y enemistad con el demandado, por lo que no deberían ser tenidos en cuenta a los fines probatorios.

Recuerda que su parte también cuestionó las conclusiones a las que arribó la pericia psicológica producida, aunque no se abordó adecuadamente su tratamiento por ante la anterior instancia.

Rememora, por otro lado, las declaraciones brindadas por los testigos S., G. y M.

Cuestiona, asimismo, que se haya tomado como fundamento de la violencia económica endilgada a su parte las constancias del expediente 42.785/16.

Recuerda todos los antecedentes existentes que acreditan, según su parte, la inexistencia de violencia económica imputable a su parte.

Luego de todo ello, se alza por considerar improcedentes, y en subsidio, excesivos los montos reconocidos a favor de la actora en concepto de daño moral y psicológico.

Por último, y para el hipotético caso de confirmarse el decisorio de grado, se alza al considerar que no corresponde imponerle las costas en su totalidad ya que la acción prosperó por una cantidad bastante menor a la reclamada en la demanda perpetrada por la Sra. P.

IV. Reseña de los hechos denunciados y postura de las partes

a) A fs. 109/144 se presentó la Sra. P. promoviendo demanda de daños y perjuicios contra el Sr. B. por los daños ocasionados por violencia física, emocional, psicológica, económica y los distintos padecimientos que dijo haber sufrido, por la suma de $ 4.200.000.

En la primera presentación denunció que conoció al demandado en el año 1983 mientras cursaba los estudios secundarios, que comenzaron en esa época una relación de noviazgo y que a los 26 años quedó embarazada de su primera hija, G.

Recordó lo difícil que fue su nacimiento y la relación que tenía para aquel entonces con el aquí accionado, revelando que para el año 2000 ya sufría agresiones e injurias de manera casi permanentes. Recordó que se había inscripto a escondidas en el CBC de la carrera de psicológica, pero que él le insistió en que abandonase sus estudios.

Denunció que en ese contexto se produjo el primer hecho de violencia física. Prosiguió su relato al afirmar que, con la mejoría de la economía familiar, se decidió que ella no trabaje más y se dedique a las tareas del hogar.

Agregó que en el año 2007 quedó embarazada de su segunda hija, A., describiendo los lugares donde residieron, imputó al demandado diferentes situaciones donde ejerció violencia psicológica como asimismo lo responsabilizó de haberle sido infiel con diferentes mujeres.

Detalló los maltratos físicos que sufrió como asimismo otros mecánicos psicopatológicos que utilizó el accionado para humillarla frente a terceros o familiares para luego describir puntillosamente los distintos tipos de violencia que sufrió (psicológica, económica y física).

b) Habiéndose corrido el pertinente traslado, el accionado expresó que los episodios de violencia a los que hizo referencia la actora jamás existieron.

Señaló que la inestabilidad de la accionante culminó con la injustificada denuncia ante la Oficina de

Violencia Familiar y con la interposición de la presente acción.

Sostuvo y denunció un hostigamiento continuo, infundado y perjudicial contra su persona que le ocasionó daño moral y en su psiquis.

Reconvino, entonces, por la suma de $ 1.150.000.

V. Responsabilidad

a) Primeramente, quiero dejar en claro que no me encuentro obligado a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso a estudio (CSJN, Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225, etc.).

Asimismo, en sentido análogo, señalar que tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino aquellas que estime apropiadas para resolver el mismo (CSJN, Fallos: 274:113; 280:320; 144:611).

En segundo término, y ante el escenario que se vislumbra entre las partes, resulta necesario recordar que las mismas contrajeron matrimonio el 28/10/05 y se divorciaron el 02/06/16 (v. fs. 2 y sentencia de fs. 95 en el expediente seguido entre las mismas partes sobre divorcio N° 5696/16).

b) Habiendo aclarado ello, es oportuno rememorar que la reforma constitucional del año 1994 atribuyó al Congreso competencia para legislar medidas de acción positiva, a fin de garantizar la igualdad real de trato, en particular respecto de niños, mujeres, ancianos y discapacitados (art.75 inc.23 CN; ver María Angelica Gelli, *Constitución de la Nación Argentina comentada y concordada*, La Ley, 3ra.ed.2008; ver Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Los derechos humanos de las mujeres: Fortaleciendo su promoción y protección internacional. De la formación a la acción, Ed. CEJIL, 2004).

En ese orden de ideas, los Tratados internacionales con jerarquía constitucional se orientan en idénticos sentido (conf.art.75 inc.22 CN; Declaración Universal de los Derechos del Hombre; Pacto internacional de Derechos económicos, sociales y culturales; Pacto internacional de Derechos Civiles y Políticos; Convención internacional para la Eliminación de todas las formas de discriminación racial; Convención de los Derechos del Niño; Convención sobre la Eliminación de todas la formas de discriminación contra la mujer –CEDAW, 1979).

Por su parte, la CEDAW (Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer) –aprobada por ley 23.179 y la Convención interamericana para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra la Mujer (Belém do Pará, 1994, aprobada por ley 24.632), son instrumentos internacionales que precisan el contenido de la obligación de los Estados de garantizar a las mujeres, sin discriminación, el goce de todos sus derechos.

Posteriormente en el año 2009, la ley 26.485 de "Protección integral para prevenir, sancionar y erradicar la violencia contra las mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus relaciones interpersonales" representa un cambio de paradigma sostenido por toda una normativa que aborda la temática de la violencia de género desde una perspectiva más amplia de la que existía en la legislación nacional (conf. Nora Lloveras y Olga Orlandi, *La violencia y el género. Análisis interdisciplinario*, ed. Nuevo enfoque jurídico, 2012, pág. 155).

En su artículo 4°, dicha normativa identifica y define a la violencia contra las mujeres como "toda conducta, acción u omisión, que de manera directa o indirecta, tanto en el ámbito público como en el privado, basada en una relación desigual de poder, afecte su vida, libertad, dignidad, integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, como así también su seguridad personal", considerando, asimismo, a la violencia indirecta "como toda conducta, acción omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón".

Ulteriormente, en su artículo 5° describe los diversos tipos de violencia ejercidos contra una mujer como la Física: (la que se emplea contra su cuerpo provocando dolor, daño o riesgo de producirlo y cualquier otra forma de maltrato agresión que afecte su integridad física, como limitar sus movimientos bajo encierro); Psicológica (aquella que causa un daño emocional y disminución de la autoestima o perjudica y perturba el pleno desarrollo personal, aplicando mecanismos de dominación que puede emplear el agresor para controlar el tiempo, la libertad de movimiento, los contactos sociales y las redes de pertenencia que limitan la participación de la víctima en actividades fuera del ámbito doméstico); Sexual (definida como todo acto sexual, la tentativa de consumar el mismo, los comentarios o insinuaciones sexuales no deseados, o las acciones para comercializar de cualquier otro modo la sexualidad de una persona mediante coacción por otra); Económica y patrimonial (señalada como de una gravedad extrema por sus consecuencias, ya que la falta de independencia económica obliga a las mujeres a mantenerse en situaciones de violencia sin poder romper ese círculo de dependencia, no solo con su pareja sino también en el ámbito laboral); Simbólica (donde a través de cualquier medio masivo de comunicación, de manera

directa o indirecta, se injurie, difame, discrimine, deshonre, humille o atente contra su la dignidad como modo de mantenimiento del desequilibrio de poder en las relaciones de género, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad y que no requiere el uso de la violencia física) y finalmente la violencia Política (como aquella que se dirige a menoscabar, anular o impedir, obstaculizar, o restringir su participación política, vulnerando el derecho a participar en asuntos públicos en condiciones de igualdad con los varones). (MEDINA, Graciela y YUBA, Gabriela "Protección integral de las mujeres. Ley 24.685 comentada", pág. 210 y sstes. Rubinzal-Culzoni, 2021).

Por otro lado, en su artículo sexto, establece en lo que aquí nos interesa que la violencia doméstica contra las mujeres es aquella ejercida por un integrante del grupo familiar, independientemente del espacio físico donde esta ocurra, que dañe la dignidad, el bienestar, la integridad física, psicológica, sexual, económica o patrimonial, la libertad, comprendiendo la libertad reproductiva y el derecho al pleno desarrollo de las mujeres, entendiéndose por grupo familiar el originado en el parentesco sea por consanguinidad o por afinidad, el matrimonio, las uniones de hecho y las parejas o noviazgos e incluyendo las relaciones vigentes o finalizadas, no siendo requisito la convivencia.

Por último, es dable mencionar que su artículo 35 habilita a la parte damnificada a reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios sufridos, según las normas comunes que rigen la materia.

Ahora bien, en el derecho de daños el eje central sobre el cual se ha asentado todo su sistema normativo lo encontramos el principio no dañar a otro o "alterum non laedere", al que la Corte Suprema le asignó jerarquía constitucional. Así, nuestro más alto Tribunal sostuvo que dicho principio, entrañablemente vinculado a la idea de reparación, tiene raíz constitucional, y la reglamentación que hace el Código Civil en cuanto a las personas y las responsabilidades consecuentes no las arraiga con carácter exclusivo y excluyente en el derecho privado, pues expresa un principio general que regula cualquier disciplina jurídica toda vez que el art. 19 de la Constitución Nacional establece el principio general que prohíbe a los hombres perjudicar los derechos de un tercero, ello en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la Carta Magna. (Ver CSJN "Santa Coloma" Fallos, 308:1160, "Aquino" Fallos 327:3753, "Diaz, Timoteo" Fallos 329:473, "Ontiveros" Fallos 340:1038)

En tal sentido, el artículo 1716 del CCyC dispone que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado" conforme con las disposiciones de ese Código.

Adviértase que en la determinación de los presupuestos de la responsabilidad civil hay que tener en cuenta que según el artículo 1717, "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada". Y ni la violencia verbal, ni la física, ni la psicológica, tienen justificativo alguno ya que lo justificado es el ejercicio regular de un derecho y no el abuso del derecho o la conducta dañosa.

En este sentido, el artículo 1737 de Código Civil y Comercial establece que "hay daño cuando se lesiona un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva".

c) Luego de explicitado todo ello, preciso es dilucidar si existió un daño y si su perjuicio fue acreditado, como su relación de causalidad con el accionar del demandado, lo que traería aparejado su obligación de repararlo (conf. art 1726 CCyCN).

Veamos las pruebas producidas.

Primeramente, es importante señalar que los casos de violencia de género deben ser juzgados con perspectivas de género, consistente en visualizar si en el caso se vislumbran situaciones discriminatorias entre los sujetos del proceso o asimetrías que obliguen a dilucidar la prueba y valorarla en forma diferente, a efectos de romper esa desigualdad, aprendiendo a manejar el concepto de categorías sospechosas de sufrir discriminación al momento de repartir el concepto de la carga probatoria. (MEDINA, Graciela y YUBA, Gabriela "Protección integral de las mujeres. Ley 24.685 comentada", pág. 59 y sstes. Rubinzal-Culzoni, 2021)

Así, en referencia a los marcos teóricos que deben considerarse en toda decisión judicial, la perspectiva de género implica: a) reconocer las relaciones de poder que se dan entre los géneros, en general favorables a los hombres como grupo social y discriminatorias para las mujeres; b) que estas relaciones han sido constituidas social y culturalmente y son constitutivas de las personas; y c) que atraviesan todo el entramado social y se articulan con otras relaciones sociales, como las de clase, etnia, edad, preferencia sexual y religión. (Juzgado Nacional de 1a Instancia en lo Civil Nro. 92, 14/05/2021 "M., M. E. c. D., D. s/ fijación de compensación" Cita: TR LALEY AR/JUR/63615/2021).

En sentido concordante, la Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que el documento del Comité de Seguimiento de la Convención Belem do Pará

(CEVI) recomendó incorporar un análisis contextual que permita comprender que la reacción de las víctimas de violencia de género no puede ser medida con los estándares utilizados, ya que la persistencia de los estereotipos y la falta de aplicación de la perspectiva de género podría llevar a valorar de manera inadecuada el comportamiento. Asimismo, señaló que la inminencia permanente de la agresión, en contextos de violencia contra la mujer, se caracteriza por la su continuidad – puede suceder en cualquier momento y ser detonada por cualquier circunstancia y su carácter cíclico si fue maltratada, posiblemente vuelva a serlo y no requiere la proporcionalidad entre la agresión y la respuesta defensiva porque existe una relación entre la proporcionalidad y la continuidad de la violencia. Finalmente, expresó nuestro más alto tribunal, que la aparente desproporción entre la agresión y respuesta puede obedecer al miedo de la mujer a las consecuencias por una defensa ineficaz y se subraya que existe una relación entre la defensa empleada y los medios con que las mujeres disponen para defenderse ya que no se requiere la proporcionalidad del medio, sino la falta de desproporción inusual entre la agresión y la defensa en cuanto a la lesión. (CSJN 29/10/2019 "R., C. E. s/ recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley" (Cita: TR LALEY AR/JUR/36601/2019)

Aclarado ello, de manera introductoria diré que no enunciare la totalidad de la prueba recabada por ante la anterior instancia, cuestión que sí realizó la anterior magistrada con detallada minuciosidad, sino solamente aquella que considero relevante a la hora de realizar un juicio de valor sobre el comportamiento de los involucrados en el suceso.

Pues bien, resulta de suma importancia para la solución del presente reclamo la prueba producida en el expediente sobre violencia familiar N° 91459/15.

De la compulsa de esos actuados se desprende que la aquí demandante concurrió a la Oficina de Violencia Domestica el día 21 de diciembre de 2015 con motivo de un episodio acaecido el 9 de ese mes y año con el Sr. C. B. y en donde esté último habría ejercido sobre la Sra. P. violencia emocional y física.

Habiendo la OVD calificado la situación como de alto riesgo al momento de la entrevista, consideró indispensable que ambos adultos realicen un tratamiento especializado en violencia familiar a los fines de evitar la repetición de episodios de esa naturaleza.

Por otro lado, del informe médico realizado sobre la actora, se desprende que presentaba al momento de su inspección hematoma fronto temporal izquierdo y en arcada cigomática izquierda y en mejilla izquierda, hematoma peri orbitario izquierdo con congestión en ojo izquierdo, hematoma en región pericordial izquierda, hematoma en glúteo derecho y rodilla izquierda (v.fs. 10/11 y fotografías allí acompañadas).

Por todo ello, se decretó la exclusión del demandado del inmueble sito en la calle Peñaloza 599 y la prohibición de acercamiento a la Sra. P.

Ya destacó la anterior iudicante los reiterados incumplimientos del demandado sobre dicha medida (v.fs. 102, 127 y 128 del 91459/15), por lo que no habré de extenderme sobre ello.

Luego, de la compulsa del informe emitido por el Cuerpo Médico Forense obrante a fs. 306/311 se desprende que los expertos señalaron que el denunciado poseía una doble fachada, intentando sostener una apariencia que no coincidía con los hechos de violencia denunciados, buscando permanentemente controlar la conversación por ante dicho cuerpo colegiado y no respondiendo a preguntas determinadas (v.fs. 309).

El CMF sugirió el no contacto entre las partes, la prohibición de acercamiento hacia la denunciante y una de sus hijas, recomendándose la evaluación diagnostica del Sr. B. y un posterior tratamiento.

Los hechos de violencia económica también se vieron abonados a largo de ese expediente (v.fs. 352, 386/387, 539 y 615/616) como asimismo algunos actos de hostigamiento, violencia psicológica e incumplimiento de la prohibición de acercamiento (v.fs. 390/391, 393/396, 436 y 504/506).

Luego, a fs.723/744 de estos actuados obra la pericial psicológica realizada por la especialista desinsaculada de oficio y que no hace más que confirmar los hechos de intimidación vividos por la accionante y la relación de causalidad existente entre esos padecimientos y el cuadro psíquico que padece la demandante en la actualidad.

Si bien el accionado planteo la nulidad de la misma y la impugnó de manera subsidiaria (v.fs. 746/751), entiendo que ninguno de los fundamentos ensayados contraría las sólidas conclusiones a las que arribará la experto interviniente, máxime si se tiene en consideración que a fs. 767/771 la perito ratificó su informe preliminar.

En su virtud entiendo que corresponde estar a sus conclusiones (conf. art. 477 CPCCN).

Por último, y si hubiese quedado algún tipo de duda acerca del trato o, mejor dicho, del maltrato recibido por la Sra. P. en manos del Sr. B., los testimonios recabados a fs. 429/431, 433/437 y 514/518 nos ilustran un

poco más acerca de los mismos y corroboran lo que las demás pruebas recogidas nos hacían entrever.

No se me escapa que existen otros testigos que brindaron un relato (v.fs. 457/459, 474/476 y 706/710) que favorece la postura mantenida por el accionado al contestar la presente acción y reconvenir, pero ellos no logran conmover a mi entender, el vasto conjunto de material probatorio rendido en estos actuados por la accionante como asimismo en los autos conexos seguidos entre las mismas partes.

Por todo ello, entiendo que se encuentra abonado holgadamente el obrar antijuridico del demandado y el nexo de causalidad entre ello y los daños sufridos por la parte actora, por lo que propicio al acuerdo el rechazo de las quejas vertidas por la parte demandada en cuanto a este punto se trata, y en consecuencia, la confirmación del fallo en cuestionado sobre el particular.

VI. Parciales indemnizatorios

a) Daño Moral

La Sra. Juez *a quo* concedió la suma de $ 650.000 bajo el presente ítem. La actora había reclamado el monto de $ 2.000.000 en el escrito inicial.

Al respecto destacaré que el daño moral es la lesión en los sentimientos, a las afecciones legítimas, y cuya evaluación es tarea delicada pues no se puede pretender dar un equivalente y reponer las cosas a su estado anterior.

Lamentablemente, el dinero no cumple una función valorativa exacta, el dolor no puede medirse o tasarse, sino que se trata solamente de dar algunos medios de satisfacción, lo cual no es igual a la equivalencia. Tampoco para establecer su monto se deben correlacionar los daños materiales y morales, puesto que se trata de lesiones de diferente índole, y la existencia o no de daños materiales carece de influencia en la determinación del agravio moral.

En definitiva, puede decirse que el daño moral en tanto configura un menoscabo a los intereses no patrimoniales es el conjunto de sinsabores, angustias, pesares, sufrimientos, etcétera, que el injusto provocó en el damnificado; más allá de las secuelas de orden psíquico que el episodio pueda o no dejar en la víctima, según su peculiar sensibilidad y circunstancias personales (ver Cammarota, Antonio, "Responsabilidad extracontractual. Hechos y actos ilícitos", ed. Depalma, Buenos Aires, 1947, p. 102; Zavala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños, T. 2b, pág. 593 y ss.; Zannoni, Eduardo A., "El daño en la responsabilidad civil", Ed. Astrea, p. 287; CNCiv, Sala C, 2212-2005, "Vega Rubilan, Soria de las Mercedes c/ Transporte Automotor General Las Heras SRL", LL, online; íd., Sala E, 2652006, "Montalbetti, Carlos F. y otros c/ Microómnibus Sur SAC y otros").

No obstante lo expuesto, la circunstancia de que nos hallemos ante supuestos de alteraciones emocionales profundamente subjetivas e inescrutables no ha de impedir la evaluación del juez, la que necesariamente tendrá que ser objetiva y abstracta; para lo cual se considerará cuál pudo ser hipotéticamente el estado de ánimo de una persona común, colocada en las mismas condiciones concretas en que se encontró la víctima del acto lesivo (ver Bustamante Alsina, Jorge, "Teoría General de la Responsabilidad civil", p. 247, 9° edición, Abeledo Perrot, 1997).

En este sentido, no parecería un requisito necesario la demostración por los accionantes de la existencia en sí del daño moral; a tal punto que se ha sostenido que dicha prueba –de producirse sería irrelevante para el Derecho, pues lo que hay que tener en cuenta es el dolor o sufrimiento moral que el hecho en cuestión produce normalmente en los sujetos, dado que se estaría ante un efecto "previsto de antemano por la norma" (ver Brebbia, Roberto H., "El daño moral", p. 86, Ed. Orbir, 2° edición, Rosario, 1967).

De todas maneras, y en lo que hace a la magnitud y el alcance del daño moral, es verdad que podrá ser presumido por el juez por vía indirecta, tras la prueba por la víctima de determinadas situaciones por las que ella transita a raíz del injusto (ver Zabala de González, Matilde, "Resarcimiento de daños", T. 2b, p. 593 y ss.) (conf. C.Civ. Sala B, del 13/9/11, en los autos caratulados: "S. V. de N. y otros c/ OSDIC y otros s/ daños y perjuicios").

En el caso, atendiendo a las constancias de autos, considero que ha quedado cómodamente acreditado el padecimiento espiritual que ha sufrido la accionante debido tanto a la violencia física, psicológica y económica en la que se vio envuelta durante todos los años que convivió con el demandado y hasta aún después de divorciados.

Ponderando, entonces, las horrorosas circunstancias traumáticas en que llevaron a la actora a iniciar la denuncia por ante la OVD y el presente reclamo judicial, es que considero reducida la partida establecida por la "a quo", por lo que propicio la elevación del monto reconocido en la instancia de grado a la cantidad de $ 1.500.000 (conf. art. 165 CPCCN).

b) Daño psicológico

La anterior magistrada concedió la suma de $ 400.000 por este concepto, entendiendo prudente,

asimismo, otorgar el monto de $ 93.600 para afrontar el tratamiento psicoterapéutico recomendado por la especialista que intervino en autos.

La demandante había requerido la cantidad de $ 2.000.000 por el primer concepto y $ 200.000 en concepto de tratamiento en el libelo inaugural.

Ha sostenido esta Sala en reiteradas oportunidades que el daño psicológico no queda subsumido en el daño moral, pues ambos poseen distinta naturaleza. En efecto el daño psíquico corresponde resarcirlo en la medida que significa una disminución en las aptitudes psíquicas, que representan una alteración y afectación del cuerpo en lo anímico y psíquico, con el consiguiente quebranto espiritual, toda vez que este importa un menoscabo a la salud considerada en un concepto integral. (v. sentencia de esta sala en expediente N° 70.226/15 y 75.428/16 de fecha 71119 y 42.865/12 del 271119, entre muchos otros.)

Habiendo dejado aclarado ello, resulta apropiado recordar que a fs. obra el informe pericial psicológico presentado por la perito desinsaculada de oficio, Lic. Agustina Flores.

Luego de haber realizado los estudios de rigor, la experta concluyó que "... la Sra. P. presenta una depresión reactiva moderada, que se equipara desde el DSM IV, a un trastorno distímico (F34.1), lo que representa un porcentaje del 25 % de incapacidad psíquica. Desde el punto de vista de la psicología resulta difícil establecer con criterio científico la distribución de porcentajes cuando se trata de un nexo concausal. Los mecanismos psíquicos que actúan vinculando los elementos concausales son móviles, versátiles y en este sentido no admiten una precisión exacta. No obstante, intentando realizar una discriminación orientativa, que en modo alguno pretende exactitud por ser científicamente imposible, se establece que conforme a los antecedentes histobiográficos de la Sra. P., así como también a lo evaluado en el estudio psicodiagnóstico efectuado, la estructura psíquica previa de la actora es un factor predisponente para la aparición futura de un desequilibrio emocional como el constatado en la actora en la actualidad, no obstante la existencia de síntomas ya descriptos han hecho su aparición con posterioridad al hecho de autos. Por lo tanto, se arriba a la conclusión de que la mayoría del porcentaje de incapacidad establecida corresponde a la existencia de los hechos de marras, quedando para el hecho de autos una incapacidad del 18 % (dieciocho por ciento), siendo solo un 7 % (siete por ciento) correspondiente a lo previo al hecho..." (v.fs. 735vta).

Sin perjuicio de ello, propuso que la demandante realice un tratamiento de por lo menos 3 años, con una frecuencia de una vez por semana, y con un costo estimado de sesión individual de $ 600, lo que daría un costo de $ 93.600.

Si bien a fs. 746/751 el demandado impugnó y tildó de nula la pericia de referencia, a fs. 767/771 la perito psicóloga ratificó en todo, su presentación preliminar.

Arribado a este punto, vale resaltar que, si bien los jueces no están obligados a aceptar y consagrar los dictámenes periciales, tampoco pueden ser dejados de lado por este en forma discrecional. Ello porque si bien es cierto que las normas procesales no acuerdan al dictamen el carácter de prueba legal, no lo es menos que cuando el mismo comporta la necesidad de una apreciación específica del campo del saber del perito, para desvirtuarlo, es imprescindible traer elementos de juicio que permitan concluir fehacientemente en el error, o el inadecuado o insuficiente uso que el técnico hubiera hecho de los conocimientos científicos de los que por su profesión o título habilitante necesariamente ha de suponérselo dotado, o sea, que el apartamiento de las conclusiones establecidas en aquel debe encontrar apoyo en razones serias, es decir, en fundamentos objetivamente demostrativos de que la opinión del experto se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia, evidenciando la existencia de errores de entidad, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de los hechos controvertidos (conf. MorelloSosaBerizonce: "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Prov. de Bs. As. y de la Nación, Comentados y Anotados", t. VB, págs. 453/).

En este caso, la peritación en cuestión, analizada con sujeción a lo que dispone el art. 477 del Código Procesal, es clara y concluyente en su contenido, da respuestas concretas a los puntos periciales formulados, y deja definitivamente esclarecido cuál es la secuela que puede atribuirse en relación de causalidad adecuada con los hechos ventilados en estos actuados. A su vez, con la respuesta de fs. 767/777 logra mantener inconmovibles las conclusiones que formulara.

En virtud de ello, entiendo prudente estar a sus conclusiones (conf. art. 477 del CPCC).

En resumidas cuentas, entiendo procedente el reclamo del presente concepto y reducida la suma concedida por ante la anterior instancia a favor de la accionante de autos, por lo que propongo al acuerdo la elevación de la cantidad concedida a favor de la Sra. P. a la suma de $ 1.000.000 (conf. art. 165 CPCCN).

Entiendo, por otro lado, ajustado a derecho la cantidad reconocida para hacer frente al tratamiento recomendado por la especialista de autos, por lo que

propicio al acuerdo su confirmación (conf. art. 165 CPCCN).

VII. Tasa de Interés

a) La anterior magistrado dispuso que "... en tanto los montos se fijan a valores actuales, los intereses correrán desde el 9 de diciembre de 2015, y aplicaré la tasa del 8 % hasta la sentencia y a partir de esa fecha la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina hasta el efectivo pago de a indemnización, salvo en lo relativo al tratamiento psicológico que fijo la tasa del 8 % desde el hecho hasta la pericia, y a partir de ahí la tasa activa..."

La demandante requiere la aplicación de la tasa activa desde la fecha del hecho y hasta su efectivo pago.

b) Corresponde recordar que "los intereses correspondientes a indemnizaciones derivadas de delitos o cuasidelitos se liquidarán desde el día en que se produce cada perjuicio objeto de la reparación" (Gómez Esteban c/Empresa Nacional de Transporte").

En este sentido cabe destacar que la deuda de responsabilidad –cuyo incumplimiento constituye la fuente de los intereses – es previa con relación a la resolución jurisdiccional que la reconoce.

Los daños cuya reparación se persigue por medio de esta acción judicial se han producido en forma coetánea con los hechos ilícitos motivo de la litis, entonces la obligación del responsable de volver las cosas a su estado anterior y de indemnizar los restantes perjuicios sufridos ha nacido a partir del momento en que tuvo lugar el obrar antijurídico.

En efecto, a poco que se observe que los intereses tienen por finalidad compensar al acreedor la indisponibilidad del uso de su capital, se advierte que si este es debido desde el momento en que se produjo el daño (o lo que es lo mismo, desde que el damnificado se hallaba habilitado a reclamarlo), no existe motivo alguno para computar aquellos en forma diferente.

En lo atinente a la tasa de interés aplicable cabe señalar que de conformidad con la doctrina establecida por la Cámara en pleno en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c/ Transportes Doscientos Setenta S.A. s/ daños y perjuicios" en los acuerdos del 14 de octubre y 11 de noviembre de 2008 y la inteligencia atribuida a esa doctrina por mi distinguida colega de Sala Dra. Patricia Barbieri en el Expediente Nº 81.687/2004 "Pezzolla, Andrea Verónica c/ Empresa de Transportes Santa Fe SACEI y otros s/ daños y perjuicios" y su acumulado Expte. Nº 81.683/2004 "Pezzolla, José c/ Transportes Santa Fe SACI s/ daños y perjuicios" del 27/11/2017, y a la facultad que por otro lado el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación otorga a los jueces en su art. 768, comparto el criterio mantenido en cuanto a que los intereses se computen desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina.

Debo dejar aclarado que, si bien entiendo que intereses correspondientes a las sumas concedidas en concepto de tratamiento psicoterapéutico deberían devengar intereses a partir del pronunciamiento judicial por tratarse de gastos futuros, al no haberse introducido agravios a su respecto, corresponde confirmar la fecha de inicio del cómputo de los mismos.

En virtud de ello, propicio al acuerdo la modificación parcial del fallo cuestionado sobre el particular.

VIII. Costas

El sistema de imposición de costas tiene como finalidad resarcir a la parte contraria de los gastos que tuvo que realizar para lograr el reconocimiento de su derecho. Tiene su fundamento en el principio objetivo de la derrota que actúa con independencia del factor subjetivo, esto es, sin tener en cuenta la buena fe, o la mala en su caso, con la que ha actuado el que estaba obligado a soportarlos (art. 68 CPCC).

En ese sentido, la circunstancia de que el éxito de la demanda sea parcial, no le quita al demandado la calidad de vencido a los efectos de las costas. Esto pues la noción de derrotado debe obtenerse de una visión sincrética y global del juicio y no, por análisis aritméticos de las pretensiones y los resultados. El fundamento aludido del hecho objetivo de la derrota no sufre desmedro por la sola circunstancia de que el reclamo inicial no prospere en su totalidad.

Si la actora se vio forzado a formular la demanda, un progreso parcial no implica restar relevancia a la necesidad de litigar, por lo que las costas deben imponerse en esos supuestos a la demandada, ni las circunstancias de que la sentencia no haga lugar en todo a la demandada, implica la liberación de costas al vencido (conf. A. M. Morello, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial...", Editorial Abeledo Perrot, p. 61 y 113). Además, al disminuir el monto de la condena que debe satisfacer el obligado, se reduce correlativamente, el parámetro sobre el que habrán de fijarse los honorarios, con lo que aquel no sufre mayor perjuicio que el que surge de la parte de responsabilidad que se le ha imputado (conf. CNCivil, Sala "F" en "Mercado R. c/ Sirera P." del 18892; id., esta Sala, c. 511.749 del 11008, c. 548.458 del 26410, entre muchas otras).

Por tanto, considero que los agravios del accionado sobre el tema no deben ser admitidos.

Las costas de esta Alzada, también deben ser soportadas por la demandada sustancialmente vencida (conf. art. 68 CPCCN).

IX. Capacitación en género

El art. 7 de la Ley 26.485 de Protección Integral a las Mujeres establece que es menester de los tres poderes del Estado, sean del ámbito nacional o provincial, adoptar las medidas necesarias y ratificar en cada una de sus actuaciones el respeto irrestricto del derecho constitucional a la igualdad entre mujeres y varones, garantizando la adopción de medidas tendientes a sensibilizar a la sociedad, promoviendo valores de igualdad y deslegitimación de la violencia (inc. b). Asimismo, entre los lineamientos básicos para las políticas estatales se dispone garantizar campañas de educación y capacitación orientadas a la comunidad para informar, concientizar y prevenir la violencia contra las mujeres en los ámbitos en que desarrollen sus relaciones interpersonales (art. 10 pto. 1) .

En ese mismo sentido, es importante mencionar que la ley 27.499 «Ley Micaela», dispuso la capacitación obligatoria en la temática de género y violencia contra la mujer, para todas las personas que desempeñen la función pública, junto con la creación de un programa Nacional Permanente de Capacitación Institucional en Género y Violencia contra las Mujeres con el objetivo de "capacitar y sensibilizar" a los integrantes de los diferentes niveles del Estado.

Más aún, la Recomendación General N° 25 párrafo 10 del año 2004 del Comité para la eliminación de la discriminación contra la mujer CEDAW) expreso que "La situación de la mujer no mejorará mientras las causas subyacentes de la discriminación contra ella y de su desigualdad no se aborden de manera efectiva. La vida de la mujer y la vida del hombre deben enfocarse teniendo en cuenta su contexto y deben adoptarse medidas para transformar realmente las oportunidades, las instituciones y los sistemas de modo que dejen de basarse en pautas de vida y paradigmas de poder masculinos determinados históricamente".

Como puede observarse, teniendo en cuenta lo hasta aquí señalado, resulta una política de estado educar a la población en perspectiva de género a los fines de modificar patrones estereotipados de conductas, en particular a los agresores obligando su participación en programas reflexivos, educativos o terapéuticos tendientes a la modificación de actitudes violentas.

Es por ello que, sin perjuicio de la condena indemnizatoria señalada que será ratificada en la presente resolución, entiendo pertinente en este caso particular, imponer al demandado la asistencia a programas o capacitaciones reflexivos, educativos o terapéuticos tendiente a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres o afecten a sus derechos, mucho más teniendo en cuenta que la relación entre las partes deberá continuar vinculada en función a la crianza, formación y cuidado de su hija menor A., de 11 años de edad.

X. Conclusión

Por todas las razones que dejo expuestas y si mis distinguidos colegas compartieran mi opinión, propicio: 1) Hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la parte actora, y en su virtud, elevar a la cantidad de $ 1.500.000 el monto concedido en concepto de daño moral y a la suma de $ 1.000.000 la suma correspondiente al daño psicológico; 2) Se computen los intereses correspondientes desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina para todos los rubros concedidos; 3) Ordenar que el Sr. B. realice, dentro del plazo de tres meses del dictado de la presente, un curso de forma presencial o virtual (atento a la situación de pandemia COVID 19) de capacitación y sensibilización en género y violencia, brindado por entidad u organismo autorizado para ello, debiendo acreditar el cumplimiento y su resultado mediante la presentación de comprobante de asistencia y finalización ante el juzgado de anterior instancia, bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria de pesos mil ($ 1.000) que serán destinados a programas de protección contra la violencia de género de la ciudad autónoma de Buenos Aires. 4) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido motivo de agravio y apelación; 5) Se impongan las costas de alzada al demandado vencido (conf. art. 68 CPCCN); 6) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno; 7) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida lo dispuesto por el artículo 164 párrafo segundo del ritual y artículo 64 del Reglamento para la Justicia Nacional.

Así mi voto

La doctora *Barbieri* dijo:

Adhiero en un todo al voto de mi estimado colega doctor *Rolleri*.

Simplemente aclararé, a mayor abundamiento, que es profusa la jurisprudencia de este fuero como

asimismo a nivel nacional y provincial con respecto a tema tan delicado como el debatido en autos.

Así a manera ilustrativa no puedo dejar de recordar un fallo reciente de la Sala C de esta Cámara que se ha expedido de manera contundente sobre un tema similar al que nos ocupa en estos autos. Este Tribunal ha dicho que "la denominada `*violencia doméstica´* o de `*género´* es considerada uno de los mayores problemas de derechos humanos para la comunidad internacional. Este tipo de violencia es causa de un importante índice de muertes y lesiones de naturaleza física, psicológica y sexual, que afecta a todas las clases sociales, culturales y económicas, y a personas de cualquier edad; razón más que suficiente para que aquella sea abordada como una `*violación de los derechos humanos´* y de las `*libertades individuales´*, en la medida en la cual ella, cercena la igualdad, la seguridad, la dignidad y la autoestima de quienes la padecen, en su mayoría mujeres [...].

"Solo si se entiende que la violencia contra la mujer es un supuesto de discriminación en razón de su género y que esta se encuentra específicamente reprobada a nivel internacional se podrá comprender por qué dicha violencia es una cuestión de derechos humanos y, por ende, la necesidad de un abordaje integral a través de la acción positiva por parte de los Estados".

"La necesidad de enfocar el análisis de casos de violencia contra la mujer desde la `lente´ de los derechos humanos, influye necesariamente en la apreciación y valoración de la prueba. En esta dirección, se ha explicado que en los procesos judiciales vinculados con esta problemática, la prueba de los hechos denunciados por la víctima no es una tarea simple y ello es así porque se trata de hechos que normalmente transcurren en la intimidad o en circunstancias en las que solo se encuentran presentes la víctima y el agresor. Es por tal razón, que en estos supuestos, resulta fundamental el testimonio de la víctima, siempre que se efectúe con las debidas garantías de manera tal que el involucrado pueda desvirtuar el relato de la denunciante". (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala C. Alce. Causa N° 30859. 25/8/2020).

Por su parte, la Sala H sostuvo que en "la Comisión Reformadora integrada por los Dres. Lorenzetti; Highton de Nolasco y Kemelmajer de Carlucci, que resulta ser el antecedente directo del Código Civil y Comercial, se dijo en forma contundente que era improcedente la reparación de daños por los supuestos incumplimientos matrimoniales –ej. la fidelidad".

"La idea era no incentivar la promoción de acciones resarcitorias si algunas conductas y consecuencias podían tener adecuado cauce de juzgamiento ante el juez de familia que analice el divorcio".

"Sin embargo... lo dicho no obsta a que en determinadas situaciones si se dan los presupuestos de responsabilidad civil, como el ataque al honor, la intimidad, dignidad, integridad física o psíquica, esos daños puedan ser reparados. Entender lo contrario sería admitir un campo de inmunidad para el sujeto dañador, o en el peor de los casos, que se encuentra configurada una renuncia anticipada a la posibilidad de reclamar la reparación de los daños sufridos por quien resulte víctima de hechos lesivos ocasionados en el ámbito familiar (ver ponencia de Luis Fumarola, "El resarcimiento del daño moral en el ámbito de las relaciones familiares", ponencia en el XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Bahía Blanca, Comisión N° 3, "Daños derivados de las relaciones de familia")".

"Justamente, en este caso el debate no gira sobre si existió infidelidad, falta de asistencia mutua, etc., sino de lo que se trata es de analizar los daños que el actor habría provocado a la demandada reconviniente con su accionar, y en su caso, de indemnizarlos adecuadamente. Aquí se alegó violencia doméstica ejercida por el actor contra la accionada, y que ello le provocó a esta un daño psicológico y moral". "El Código Civil y Comercial, a diferencia del Código de Vélez, consagra en forma explícita el principio de no dañar al otro, ya reconocido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en numerosos fallos (CSJN, Fallos 308: 11767, *in re* "Santa Coloma, Luis F. y otros c/327: 3753, *in re* "Aquino c/ Cargo Servicios industriales"; etc.".

"Dice el art. 1716 CCC referido al deber de reparar que "La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme las disposiciones de este Código". El Código reconoce a la antijuricidad como el presupuesto configurativo de la responsabilidad civil en el art. 1717 cuando establece que "cualquier acción u omisión que causa un daño a otro es antijurídica si no está justificada".

"Por ello, el derecho de daños debe actuar como un medio idóneo que brinde respuestas adecuadas, conforme a un resarcimiento justo, a los menoscabos sufridos por una víctima en su esfera familiar, atendiendo particularmente a las circunstancias del caso".

"Ya lo decía Matilde Zavala de González bajo el Código derogado, al indicar que cualquier interés de una persona siempre que sea serio y digno se hará acreedor a la tutela jurídica, pues será injusto lesionarlo (Resarcimiento de daños, Hammurabi, T IV, pág.124)".

"No cabe lugar a dudas que el derecho a la dignidad, honra, estabilidad, armonía familiar, integridad

física y psíquica, salud mental, integridad moral, son derechos tutelados por el ordenamiento jurídico –tanto en el bloque legislativo interno, como el supra nacional, conf. conf. art.1 y 2 CCC), por lo que merecen protección jurídica ante cualquier menoscabo que pueda afectarlos." (CAMARA CIVIL SALA H "S., J. J. c/ G., M. M.; s/ Divorcio y daños y perjuicios", Expte.80.644/2013, Juzgado 26 CCC).

Con estas aclaraciones y coincidiendo también con la medida ordenada por el vocal preopinante en el punto VIII de su propuesta, atendiendo a que debemos propiciar una jurisdicción activa que garantice la protección de derechos fundamentales, previniendo cualquier tipo de actividad dañosa como asimismo evitando su repetición en lo sucesivo, y valorando los principios rectores y facultades que proporcionan a los jueces los arts.9, 10, 1710 a 1715 entre otros el Código Civil y Comercial de la Nación, es que adhiero en un todo al voto del Dr. Gabriel Rolleri.

Así mi voto.

El doctor *Olivera* dijo:

Adhiero en lo sustancial al voto de mi distinguido colega Dr. Gabriel G. Rolleri en cuanto propone, con la ampliación de fundamentos formulada por la dra. Patricia Barbieri; solamente discrepo con lo votado con relación a los intereses.

Doy mis fundamentos.

i. Respecto a la propuesta efectuada en el punto VIII del voto preopinante, relativo a la imposición al demandado de que asista a programas de capacitación en temas de género, debo decir que concuerdo con ello en el entendimiento que, como fuera señalado por el Vocal que llevo la voz cantante en este Acuerdo, las partes de este proceso son padres de una hija que cuenta con 11 años de edad; por lo que entiendo que la asistencia a esa clase de capacitaciones cumple una función preventiva del daño (conf. arg. CCCN 1708, 1710 y cctes.) para todo el grupo familiar.

ii. En referencia a los intereses, en primer lugar destaco que la escueta crítica efectuada por la actora en un renglón y medio para solicitar la modificación de la tasa de interés no alcanza el rango de una expresión de agravios audible, ya que no efectúa la crítica concreta y razonada de los fundamentos brindados por el a quo (conf. arg. cpr 265 y 266).

Sin perjuicio de ello, y a fin de dejar a salvo mi opinión sobre el tema, debo decir que en casos como el presente, donde la indemnización fue establecida en valores actuales, en la Sala G del Tribunal –que integro como Vocal titular entendemos que la tasa que debe liquidarse es la del 8% anual desde la fecha de accidente hasta el dictado de la sentencia y de allí en adelante, hasta el efectivo pago, la tasa activa establecida en el plenario "Samudio", tal como se ha hecho en la sentencia en recurso; por lo que entiendo que correspondería mantener el criterio sostenido en primera instancia.

Efectuadas estas breves digresiones, dejo sentada mi respetuosa disidencia parcial al voto preopinante.

Con lo que terminó el acto.

Por lo que resulta de la votación que instruye el Acuerdo que antecede, en virtud de todo ello, el Tribunal *resuelve:* 1) Hacer lugar parcialmente a las quejas vertidas por la parte actora, y en su virtud, elevar a la cantidad de $ 1.500.000 el monto concedido en concepto de daño moral y a la suma de $ 1.000.000 la suma correspondiente al daño psicológico; 2) Se computen, por mayoría, los intereses correspondientes desde la fecha establecida en el decisorio recurrido y hasta el efectivo pago a la tasa activa cartera general (préstamos) nominal actual a treinta días del Banco Nación Argentina para todos los rubros concedidos; 3) Ordenar que el Sr. B. realice, dentro del plazo de tres meses del dictado de la presente, un curso de forma presencial o virtual (atento a la situación de pandemia COVID-19) de capacitación y sensibilización en género y violencia, brindado por entidad u organismo autorizado para ello, debiendo acreditar el cumplimiento y su resultado mediante la presentación de comprobante de asistencia y finalización ante el juzgado de anterior instancia, bajo apercibimiento de aplicación de una multa diaria de pesos mil ($ 1.000) que serán destinados a programas de protección contra la violencia de género de la ciudad autónoma de Buenos Aires; 4) Se confirme la sentencia de grado en todo lo demás que ha sido motivo de agravio y apelación; 5) Se impongan las costas de alzada al demandado vencido (conf. art. 68 CPCCN); 6) Se difiera la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes para el momento procesal oportuno; 7) Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. Por ante mí, que doy fe. Notifíquese por Secretaría y devuélvase. — *Patricia Barbieri. — Gastón M. Polo Olivera. — Gabriel G. Rolleri.*

El resarcimiento de los daños cuando la mujer es víctima de violencia

La justicia terapéutica como prevención de nuevos daños

José Daniel Mendelewicz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El proceso civil como tránsito para la reeducación del agresor.— III. La prevención de nuevos daños. Justicia terapéutica.

I. Introducción

Con tan solo dos décadas del siglo XXI, el avance hacia una aplicación del derecho más humanizada es evidente. Analizar las causas, la gravedad y las consecuencias de la violencia, como también la eficacia de las medidas aplicadas para impedir nuevos daños y las indemnizaciones de los perjuicios, requiere de una intervención judicial activa.

Con énfasis, la Dra. Sbdar señala que hoy se habla de un juez con responsabilidad social comprometido con la realidad, activo, que toma iniciativas para desentrañar la verdad real de los hechos y dar una solución justa al litigio, que haga realidad el derecho prometido por los códigos de fondo a las personas y así se anime a prevenir situaciones injustas, o desiguales **(1)**.

Las resoluciones judiciales emergen como instrumentos transformadores que cooperarán en el desplazamiento de modelos actuales que oprimen tanto a la mujer como a otros sectores vulnerables, promoviendo una convivencia humana basada en la aceptación de la otra persona y en el respeto a la diversidad **(2)**.

La idea de no agravar el dolor y de menguar las consecuencias desfavorables conduce inexorablemente al resarcimiento del daño que se causa. En este sentido, la jurisprudencia desempeña un rol preponderante en la materialización de los derechos de la mujer.

Dable es recordar que, para alcanzar estos objetivos, la protección debe ser tempestiva, pues la demora en la recuperación y en el reconocimiento del resarcimiento produce graves injusticias. La resistencia de la mujer vulnerable, que ha sido herida física y moralmente, es lógicamente menor a la resistencia del agresor. El ofensor puede esperar una justicia lenta. Obsérvese que, en alguna oportunidad, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil puso en evidencia esta situación al señalar que el proceso hasta la sentencia tuvo una larga duración toda vez que, quedó demostrado que la damnificada carecía de recursos y, como consecuencia de ello, debió ser representada en el juicio por el Servicio Jurídico Gratuito de la Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires. La imposibilidad

(*) Abogado. Docente universitario.

(1) SBDAR, Claudia B., "La oralidad en el proceso civil argentino", Diario La ley del 21 de abril de 2015.

(2) SBDAR, Claudia B., "Interpretación de los hechos en la violencia de género", LA LEY, 2013-E, 1.

económica para pagar el pasaje de transporte le impedía acudir a este servicio jurídico **(3)**. La víctima espera una compensación en el menor tiempo, de lo contrario el daño se agrava con un juicio que funde su ánimo y maltrata su propia dignidad.

En la realidad de la vida la lentitud del proceso puede significar angustia, sufrimiento, perjuicios económicos y hasta la misma miseria. El proceso será más efectivo o tendrá una mayor capacidad de eliminar con justicia las situaciones de conflicto, cuanto más prontamente tutele los derechos.

II. El proceso civil como tránsito para la reeducación del agresor

Otro aspecto para considerar es la reeducación del ofensor. Debemos comprender que la violencia es una conducta aprendida, que puede no solamente prevenirse sino también ser desaprendida. La violencia no debe ser solo un problema a padecer y denunciar, sino un desafío a enfrentar en comunión de esfuerzos y con la esperanza de contribuir a que el hombre se encuentre y reconcilie con el hombre, porque el ser humano completo está en la persona capaz de comunión **(4)**. En el ámbito de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(5)** funciona un programa de asistencia a hombres que han ejercido violencia. Se trata de un programa especializado en la temática de los malos tratos en el ámbito familiar; su modalidad de abordaje es a través de espacios de contención, entrevistas individuales y grupos de reflexión.

Su metodología es la comprensión y reflexión de la violación de los derechos de las personas, y su finalidad es la preservación de la vida y los derechos de todos los integrantes de esa organización familiar.

El programa tiene como propósito:

- Modificar las conductas de maltrato a partir del reconocimiento de aquellos mitos, creencias y costumbres que se repiten a través de los estereotipos de poder.

- Adquirir la capacidad de comprensión, organización y erradicación de aquellas conductas que se ejercen por un abuso de poder dentro del ámbito familiar.

No se puede pensar en erradicar la violencia hacia la mujer sin comprometer e involucrar al hombre. Así lo entendió el Tribunal en el presente fallo al imponer al agresor la asistencia a programas o capacitaciones reflexivos, educativos o terapéuticos que tiendan a modificar conductas que desvaloricen a las mujeres o afecten a sus derechos, mucho más teniendo en cuenta que la relación entre las partes deberá continuar vinculada en función a la crianza, formación y cuidado de una hija menor de edad.

III. La prevención de nuevos daños. Justicia terapéutica

El concepto de justicia terapéutica introducido por David Wexler y Bruce Winick, considera a la ley como una fuerza social que produce comportamientos y consecuencias. A veces, estas consecuencias caen dentro del área terapéutica y, en otras oportunidades, se producen consecuencias antiterapéuticas. "La ley" es la ley en acción, no simplemente la ley que aparece en los libros. La ley puede dividirse en las siguientes categorías: 1) normas legales; 2) procedimientos legales, tales como audiencias y juicios; y 3) los roles de los actores legales y el comportamiento de los jueces, los abogados y los terapeutas que se desempeñan en un contexto legal. Mucho de lo que los actores legales hacen, influye en el bienestar psicológico y el espectro emocional de las personas afectadas por la ley **(6)**.

Wexler destaca que la justicia terapéutica surgió de la ley de salud mental y, en la actualidad, se aplica a otras áreas legales, probablemente a todas (penal, juvenil, familia, entre otras). La

(3) CNCiv., sala K, Exp. 34.818/2009, "O. E., M y otro c. P., A. O. s/ daños y perjuicios", del 14/06/2013.

(4) CASTRO SANTANDER, Alejandro, "Desaprender la violencia. Un desafío educativo", Ed. Bonum, 2010, 5ª ed., p. 18.

(5) https://www.buenosaires.gob.ar/desarrollohumanoyhabitat/mujer/hogares-y-centros-integrales-de-la-mujer/asistencia-hombres-violentos.

(6) https://law2.arizona.edu/depts/upr-intj/intj-o.html.

ley de daños corporales también ha recibido atención. La compensación económica puede "por sí misma" influir en el curso de la recuperación. A veces, simplemente el tiempo no sana. En otras ocasiones algunas personas no se recuperan hasta que se resuelve el caso y, otras situaciones, exageran o acentúan el daño. De esta forma, la compensación puede afectar de manera independiente el proceso de sanación de la persona, más allá del propósito teórico. La justicia terapéutica alienta a que las personas piensen sobre eso y lo estudien para ver si existen ciertas formas para poder disminuir el impacto **(7)**.

La justicia terapéutica nace en ese momento donde el operador jurídico se detiene y se pregunta: ¿esta conducta produce consecuencias negativas en el bienestar emocional de tal persona? ¿Es posible eliminarla? ¿Reducirla? Ese es un camino a seguir, un camino que no debe cesar, atendiendo a que el derecho es viviente, es dinámico **(8)**.

En este orden de ideas, la jurisprudencia ha señalado que muchas normas pueden escribirse, pero la verdadera transformación no se producirá sin el compromiso de todos los integrantes de la comunidad, para que actuando en forma coherente se procure prevenir los perjuicios, en especial de aquellos grupos que no tienen voz para exigir el cuidado que necesitan.

Debemos, como sociedad, concientizarnos de la necesidad de tornar en realidad el objetivo de la ley, el cual no es más que todas y todos tengan el derecho de vivir, trasladarse, trabajar según sus deseos, conforme las normas y en un marco de seguridad y tranquilidad.

La legislación por sí sola no permite ganar la batalla contra la discriminación o las prácticas excluyentes, por lo que el éxito reside insoslayablemente en procurar corregir actitudes y comportamientos. No cabe duda de que la aplicación eficaz y adecuada de un marco jurídico que prohíba toda discriminación y garantice a las víctimas las vías de reparación útiles constituye la condición previa indispensable para un verdadero cambio, el cual debe acompañarse con una concientización social de las necesarias transmutaciones que los integrantes de la comunidad deben hacer **(9)**.

Destaca el magistrado Luis Enrique Osuna Sánchez que es posible empezar a entender la justicia terapéutica como una actitud frente a las normas, los procedimientos y las prácticas. Esa actitud o comportamiento terapéutico del operador es lo que representa de manera efectiva un agente transformador. Ciertamente, el sistema judicial, el sistema jurídico completo, debe configurarse como un instrumento para proteger y defender los derechos ciudadanos, pero ello debe abarcar, además, la protección del bienestar emocional de los ciudadanos. Las políticas públicas deben prestar atención a los resultados indeseados que la aplicación de las normas ocasiona frecuentemente; su deber es minimizar los daños y su compromiso debiera ser potencializar e instrumentar todo aquello que beneficie física y mentalmente al ciudadano **(10)**.

---

(7) https://law2.arizona.edu/depts/upr-intj/intj-o.html.

(8) OSUNA SÁNCHEZ, Luis Enrique, "Derechos humanos y justicia terapéutica en México", https://www.pjenl.gob.mx/TTA/download/justicia-terapeutica.pdf.

(9) CNCiv., sala K, Expediente N° 8533/2016, "D., D. A. c. Transportes 27 de junio SACIF s/ daños y perjuicios", del 30/09/2021. En este caso un chofer de transporte público de pasajeros abusó de una pasajera, durante su desempeño laboral, en horario nocturno; cometiendo un nuevo delito, con la misma modalidad algunos meses posteriores. El Tribunal señaló que más allá de la presunción de inocencia con la que cuentan todos quienes se someten a un proceso penal, la empresa de transportes debió actuar en forma preventiva para evitar cualquier situación de riesgo para otras pasajeras, hasta que se definiera la ocurrencia de la agresión investigada. No obstante, aun sabiendo del proceso en trámite, pareciera que no realizó ningún cambio que evitara nuevas agresiones. En ambos casos se trataba de un horario con poca circulación de pasajeros, ambas víctimas eran mujeres, las últimas en descender, por lo que habían quedado solas con el chofer. Si el chofer hubiese trabajado en horario diurno o de mayor presencia de público no se hubiera repetido el contexto que facilitó la comisión de un nuevo ilícito. El Tribunal ordenó remitir copia de la sentencia: a) a la oficina de recursos humanos de la Compañía de Transporte, b) al Ministerio de Transporte de la Nación a los fines que evalúe la realización de cursos de formación sobre perspectiva de género para los trabajadores de ese rubro y c) al Ministerio de Mujeres, Género y Diversidad.

(10) OSUNA SÁNCHEZ, Luis Enrique, "El pensamiento jurídico terapéutico", https://latam.lejister.com/pop.php?option=publicacion&idpublicacion=594&idedicion=4574.

INDEMNIZACIÓN

Incapacidad sobreviniente. Modo de determinación del monto. Cálculos matemáticos. Daño moral. Alcance. Intereses.

Con nota de Carlos A. Schiavo

1. — La aplicación de fórmulas matemáticas para evaluar la indemnización no colisiona con ninguna disposición constitucional; lejos de eso, tiende a hacer operativo tanto el principio de reparación integral como el de fundamentación suficiente de las sentencias (del voto del Dr. Picasso).

2. — El art. 1746 del Cód. Civil, al obligar a los magistrados a emplear cálculos matemáticos, transparenta el razonamiento que los ha llevado a adoptar la decisión en cuestión, dado que la sentencia debe explicar cuáles son las variables que tomó en cuenta y de qué modo se llega al resultado en cuestión (del voto del Dr. Picasso).

3. — Las fórmulas matemáticas son solo un sistema, un método de cálculo, pero en modo alguno proporcionan los datos o "insumos" que deben ser tenidos en cuenta en cada caso. Corresponde al juez, sobre la base de los hechos probados en el expediente, establecer cuáles son esos insumos (de voto del Dr. Picasso).

4. — En lo que hace al cálculo del resarcimiento en concepto de incapacidad sobreviniente, la reparación, cualquiera sea su naturaleza y entidad, debe seguir un criterio flexible, apropiado a las circunstancias singulares de cada caso, y no ceñirse a cálculos basados en relaciones actuariales, fórmulas matemáticas o porcentajes rígidos, desde que el juzgador goza en esta materia de un margen de valoración amplio (del voto del Dr. Li Rosi).

5. — La utilización obligatoria de las denominadas fórmulas matemáticas no conduce a la aplicación automática e inexorable del resultado numérico al que se arribe; por ende, cabe concluir que el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. debe ser interpretado como una herramienta de estimación ineludible para el juez, pero que no excluye a los otros parámetros, provenientes de la sana crítica, la experiencia vital y el sentido común (del voto de Dr. Calvo Costa).

6. — En cuanto a la dificultad para prever todos los cambios que la vida de una persona pueda experimentar en el futuro, es evidente que ella está presente en cualquier método de cálculo, dado que ni el juez ni nadie puede predecir el futuro.

7. — La integridad física no tiene valor económico en sí misma, sino en función de lo que la persona produce o puede producir. Se trata, en última instancia, de un lucro cesante actual o futuro, derivado de las lesiones sufridas por la víctima.

8. — 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.

9. — No obsta a la reparación de la incapacidad sobreviniente el hecho de que el damnificado continúe ejerciendo una actividad remunerada, porque, incluso en este supuesto, la minoración de las aptitudes de la víctima para realizar tareas económicamente mensurables influyen sobre las posibilidades que ella tendría para reinsertarse en el mercado laboral en el caso que tuviera que abandonar las tareas que venía desempeñando; a lo que se añade que también debe repararse la "incapacidad vital", es decir, la que se relaciona con el desarrollo de tareas de la vida cotidiana que tienen significación económica, más allá de toda actividad remunerada.

10. — El daño moral puede "medirse" en la suma de dinero equivalente para utilizarla y afectarla a actividades, quehaceres o tareas que proporcionen gozo, satisfacciones, distracciones y esparcimiento que mitiguen el padecimiento extrapatrimonial sufrido por la víctima.

11. — Aun si se considerara que la fijación de ciertos montos a valores actuales importa una indexación del crédito, no puede afirmarse que la tasa activa supere holgadamente la inflación que registra la economía nacional, de forma tal de configurar un verdadero enriquecimiento del acreedor. La fijación de tasas menores, en las actuales circunstancias del mercado, puede favorecer al deudor incumplidor, quien nuevamente se encontrará tentado de especular con la duración de los procesos judiciales, en la esperanza de terminar pagando, a la postre, una reparación menguada respecto de la que habría abonado si lo hubiera hecho inmediatamente luego de la producción del daño.

CUANTIFICACIÓN DEL DAÑO

El hecho dañoso:

Accidente de tránsito.

Referencias de la víctima:

Sexo: Masculino.

Edad: 23 años.

Actividad: Empleado Prefectura Naval Argentina.

Componentes del daño:

Daño extrapatrimonial

Daño moral genérico: $550.000

Daño patrimonial

Incapacidad sobreviniente: $1.200.000

Daños varios: Tratamiento kinésico y psicológico: $130.000

CNCiv., sala A, 11/11/2021. - González, Pablo Jorge c. Varni, Javier Héctor Ramón y otro s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/177802/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados vencidos.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

El fallo se puede consultar a texto completo en Atención al Cliente, en Proview o en el Sistema de Información Legal, http://informacionlegal.com

De fórmulas matemáticas, discrecionalidades y prejuicios irrazonables

Carlos A. Schiavo (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo de Primera Instancia y el acuerdo del Superior.— III. Ética, axiología jurídica y el concepto jurídico de equidad.— IV. Concepto y trascendencia de la singularidad de cada caso judicial.— V. Los arts. 3° y 1746, Cód. Civ. y Com., y la razonable cuantificación indemnizatoria.— VI. Sobre estadística y estocástica.— VII. Los prejuicios imprudentes.— VIII. Conclusiones.

I. Introducción

Nuevamente en los autos "González, Pablo Jorge c. Varni, Javier Héctor s/ daños y perjuicios", con fallo de primera instancia en lo Civil del Juzgado N° 91 y resolución de Cámara de Apelaciones, Sala A, nos vemos ante una inexacta aporía o lo que, al menos, cabría calificar de engañosa discordancia.

Ciertamente entendemos que quienes abogan por el uso de fórmulas matemáticas para lograr una cuantificación indemnizatoria que entienden razonable, como aquellos que abjuran del uso de estas, acometen la misma falacia lógico-silogística, encorsetar mediante genera-

(*) Abogado. (UNB) Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Miembro y vocal de la CD de la AAADS, rama nacional de la Association Internationale de Droit des Assurances (AIDA). Profesor de posgrados universitarios (UCA, UNSur, UNB), profesor en el doctorado de la Universidad San Carlos de Guatemala. Expositor en cursos y conferencias en Argentina, Chile, Uruguay, Brasil y España. Publicista, autor de libros y artículos de su especialidad.

lizaciones la singularidad del caso a resolver y de ahí inducir discrecionalmente, un principio que, la más de las veces, resulta una concepción, o una creación personal de cada juzgador.

Como veremos en los acápites siguientes e iterando otros trabajos en que me he referido a esta temática del uso de la matemática para discernir una indemnización justa **(1)**, entendemos que el concepto social de justicia tal como lo enunciara la CSJN (en "Luis Federico Santa y otros c. E. F. A.") **(2)** se debe concretar a través del poder de policía que le fuera atribuido al Legislativo Nacional (y en su caso las Provinciales), porque convengamos que el precepto constitucional de afianzar la justicia, en un sistema republicano, se lleva cabo, siguiendo, entre otros, el precepto del art. 22, CN.

Así está establecido constitucionalmente y, por lo tanto, son los representantes del pueblo, elegidos democráticamente, quienes deliberan y sancionan las normas que establecen los imperativos con los cuales afianzar la justicia **(3)**.

Por lo cual entendemos que no cabe hesitación alguna para que coincidamos admitiendo que, en nuestro sistema constitucional, el Poder Judicial no puede irrogarse funciones legislativas, y mucho menos discrecionalidades *contra legem*, so pretexto de mora del Legislativo **(4)**, o con fundamentos como la Pragmática de Carlos III de 1767, o mediante interpretaciones que algunos entienden más propias del arte de birlibirloque, que del justo cumplimiento de lo dispuesto en el art. 3°, Cód. Civ. y Com., al que habremos de referirnos en el acápite V.

II. El fallo de Primera Instancia y el acuerdo del Superior

II.1. Primera Instancia

El caso concretamente se refiere a un evento de la circulación vial, ocurrido el 13 de septiembre de 2015 [ya vigente el Cód. Civ. y Com. y derogado el CC **(5)**], en el cual intervienen un automotor y un motociclo, resultando daños materiales y personales al conductor de este último.

De los considerandos del fallo de Primera Instancia, en la inteligencia de no trocarlos descontextualizándoles, habremos de referirnos a aquellas manifestaciones que hacen al desarrollo de este comentario.

a) "...El Derecho Privado debe desplegar un temperamento análogo por resolver los conflic-

(1) SCHIAVO, Carlos A.: "¿Las fórmulas matemáticas puras resuelven justamente la cuantía indemnizatoria? Analizando el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., RCCyC 2016 (julio), 06/07/2016, 115. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1904/20.

(2) "...Ofende el sentido de justicia de la sociedad, cuya vigencia debe ser afianzada por el tribunal, dentro del marco de sus atribuciones y en consonancia con lo consagrado en el preámbulo de la carta magna...".

(3) Sin perjuicio de la aplicación de las reglas de equidad y los fundamentos iusfilosóficos que, en nuestra concepción, entendemos nos brinda el trialismo Aristotélico Tomista y que hoy se ve incorporado al imperativo sistema normativo (art. 2 in fine Cód. Civ. y Com.. ".... Los principios y valores jurídicos...").

(4) CSJN, H. 270. XLII. Halabi, Ernesto c. PEN - ley 25.873 dto. 1563/04 s/ amparo ley 16.986. "...Frente a esa falta de regulación la que, por lo demás, *constituye una mora que el legislador* debe solucionar cuanto antes sea posible, para facilitar el acceso a la justicia que la Ley Suprema ha instituido, cabe señalar que la referida disposición constitucional es claramente operativa y es obligación de los jueces darle eficacia, cuando se aporta nítida evidencia sobre la afectación de un derecho fundamental y del acceso a la justicia de su titular. Esta Corte ha dicho que donde hay un derecho hay un remedio legal para hacerlo valer toda vez que sea desconocido; principio del que ha nacido la acción de amparo, pues las garantías constitucionales existen y protegen a los individuos por el solo hecho de estar en la Constitución e independientemente de sus leyes reglamentarias, cuyas limitaciones no pueden constituir obstáculo para la vigencia efectiva de dichas garantías (Fallos 239:459; 241:291 y 315:1492)..." (el resaltado nos pertenece).

(5) Sin perjuicio de lo cual el juez de Grado realiza un innecesario análisis del derecho transitorio, entendiendo que cabe expedirse respecto a la norma o institución jurídica que resultaría aplicable al caso. El fallo dice: "...Teniendo en consideración que el evento dañoso acaeció el día 13 de septiembre de 2015, la cuestión será ponderada y decidida bajo la óptica del actual Cód. Civ. y Com., hoy vigente. - Empero, la abrumadora mayoría de las instituciones jurídicas de aplicación tuvieron su desarrollo durante la vigencia del ordenamiento derogado, por lo que, de resultar pertinente, se acudirá a sus postulados. En realidad, no hay tal transitoriedad, ya que para el 13/09/2015 el Cód. Civil estaba derogado y ya tenía 44 días de vigencia el Cód. Civ. y Com., no existía ninguna situación, hecho o derecho ocurrido con anterioridad al 01/08/2015, en tanto la evolución doctrinaria que llevó a la sanción del Cód. Civ. y Com., no puede ser considerada "institución jurídica" para fundar una sentencia.

tos particulares con la mayor equidad posible, de modo de evitar que una solución intersubjetiva bascule sobre el yerro de repercutir negativamente en el mantenimiento de la paz social...".

b) "...Luego, analizo todo ello a la luz de las claras disposiciones del art. 1738 del Cód. Civ. y Com., por lo que evaluaré cada rubro por separado, dejando expresa constancia de que el daño moral, o las afecciones espirituales legítimas, ingresa en forma neta en la categoría de daño extrapatrimonial, no así las restantes...".

c) "...la protección a la integridad de las personas y el derecho a la reparación integral se encuentran respaldados en tratados internacionales que integran el sistema constitucional en función del art. 75, inc. 22 de la CN, entre los cuales pueden citarse el art. 21 punto 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos...".

d) "...Sentado ello, específicamente el problema se delimita en precisar si la incapacidad debe juzgarse de acuerdo con las tareas que en la actualidad desempeña la víctima o según pautas de actividades razonablemente generales. Opto por la segunda posición dentro de los límites que paso a exponer...".

e) "...Sin embargo, el art. 1746 del Cód. Civ. y Com. introduce la cuestión relativa a la utilización de una fórmula de matemática financiera, lo que, desde ya lo anticipo, colisiona gravemente no solo con la propia coherencia metodológica de la codificación (en tanto contradice de manera abierta sus principios), sino que lo hace de manera flagrante con la propia Constitución Nacional, para no hablar del plexo Convencional...".

f) "...En efecto, por un lado la referida imprevisibilidad, transparencia, costos de seguro, acciones preventivas, dificultades a la hora de negociar, etc., pero, por el otro, el excesivo apego a métodos tarifados o sujetos a fórmulas reducen sensiblemente la ya menguadísima discrecionalidad de los órganos jurisdiccionales, que cotidianamente se desempeñan constreñidos en rígidos marcos normativos a través de los cuales el legislador les impone contenidos cuasi pétreos que prácticamente les imponen determinadas pautas en el accionar, siendo que muy a menudo los magistrados reclaman con firmeza contar con el amplio margen discrecional del que gozan los jueces del derecho anglosajón, en lugar de quedar reducidos a meros ejecutores de preceptos inexorables que poco o nada dejan por hacer...".

g) "En efecto, la norma bajo examen adopta una metodología que encuentra su origen en el sistema actuarial..., que tiene un fundamento matemático, con foco en la estadística inferencial, que permite evaluar riesgos vinculados a variables financieras...".

h) "...Desde otra perspectiva de análisis, la utilización de fórmulas matemáticas y actuariales como parámetro indemnizatorio, importa ni más ni menos que acudir a la misma metodología del mercado del seguro, con los consiguientes óbices éticos, derivados del disbalance ponderativo del sistema en cuestión en favor de los intereses de una de las partes habitualmente en conflicto, además de postergar el cardinal principio de reparación integral acerca de cuya prevalencia y raigambre constitucional consideramos ocioso abundar en este análisis, toda vez que ya se ha discurrido al respecto a lo largo de esta sentencia...".

II.2. Segunda Instancia

a) "...El juez de la anterior instancia declaró, de oficio, la inconstitucionalidad del art. 1746 del Cód. Civ. y Com. Aunque no existen agravios sobre el punto, dado que se trata de una cuestión de derecho, corresponde que —por aplicación del principio *iura novit curia*— este tribunal analice —también de oficio, como lo hizo el anterior sentenciante— la razonabilidad de esa decisión (CSJN, Fallos 335:2333, 337:179 y 1403, 343:345)...".

b) "...En este sentido, adelanto que la declaración de inconstitucionalidad aparece desprovista de todo sustento. La aplicación de fórmulas matemáticas para evaluar la indemnización no colisiona con ninguna disposición constitucional; lejos de eso, tiende a hacer operativo tanto el principio de reparación integral (cuyo sustento se encuentra en el art. 19 de la CN y diversos pactos internacionales que tienen jerarquía constitucional) como el de fundamentación suficiente de las sentencias (art. 3° del Cód. Civ. y Com.), que es una derivación de otro principio constitucional, el de defensa en juicio...".

c) "...Por ese motivo, el art. 1746, al obligar a los magistrados a emplear cálculos matemáticos, transparenta el razonamiento que los ha llevado a adoptar la decisión en cuestión, dado que la sentencia debe explicar cuáles son las variables que tomó en cuenta (ingresos, tiempo de vida útil de la víctima, porcentaje de incapacidad, cuantificación de las tareas no remuneradas que el damnificado se vio impedido de desarrollar y que requieren, en adelante, de la ayuda de otra persona, etc.) y de qué modo —por medio de su inclusión en la fórmula— se llega al resultado en cuestión...".

d) "...Finalmente, la idea según la cual, al adoptar el método de las fórmulas matemáticas, el legislador se habría entregado a los intereses de las compañías de seguros, luce claramente antojadiza, y —por cierto— poco respetuosa hacia los miembros de la comisión de reformas que elaboró el Código, los profesores que los asesoraron, el Poder Ejecutivo que propuso su promulgación, y los legisladores que, luego de un detenido estudio, aprobaron el proyecto. ¿Estaban todos ellos vendidos a 'los intereses y conveniencia de una de las partes del conflicto, paradojalmente, la más poderosa'? Encuentro en este punto —una vez más— un serio error conceptual: las repercusiones de la incapacidad sobreviniente que aquí se tratan de resarcir consisten en consecuencias patrimoniales, y la única manera de calcular adecuadamente un detrimento económico (ya sea en la faz laboral o en el terreno de la incapacidad vital) pasa por efectuar cálculos matemáticos. Todos hemos aprendido en la escuela que, cuando se habla de números, es necesario efectuar cuentas. El hecho de que las compañías de seguro también lo hagan en nada desmerece el empleo de fórmulas matemáticas por parte del legislador, dado que no hay otra manera de calcular perjuicios patrimoniales...".

III. Ética, axiología jurídica y el concepto jurídico de equidad

Antes de abocarnos al tema del título, entendemos conveniente una prelusión que pueda aclarar algunos conceptos elementales y básicos, dado que la sentencia de grado se manifiesta negativamente hacia los aspectos técnicos de la actividad aseguradora al decir que "...la utilización de fórmulas matemáticas y actuariales como parámetro indemnizatorio, importa ni más ni menos que acudir a la *misma metodología del mercado del seguro, con los consiguientes óbices éticos,* derivados del desbalance ponderativo del sistema en cuestión en favor de los intereses de una de las partes habitualmente en conflicto..." (lo resaltado nos pertenece).

Ciertamente este considerando efectúa una petición de principios **(6)**, ya que el proponente tiene por demostrado que existen óbices éticos en la metodología del mercado de seguro (y esto no es justamente un epiquerema).

Desde esta primera premisa **(7)** llega a la conclusión de la existencia de un desbalance en favor de los intereses de una de las partes en el conflicto, cuando aquella premisa primera tenía que ser demostrada. A esto se lo llama "falacia material", lo que por cierto descalifica toda la inferencia silogística en este razonamiento de la sentencia.

Entendemos que la sentencia puede desadvertidamente incurrir en esta falacia material, un típico sofisma con el cual tropieza, así, en la ya señalada petición de principio. Pero a tales falacias de la sentencia se suma su incursión, con un tanto de ligereza, en cuestiones iusfilo-

(6) Dejando de lado analizar los "argumentum ad misericordiam" y "ad populum" con que tanto nos atosiga mucha doctrina autoral y jurisprudencial, cabe señalar que, por petición de principio, como lo señala el Estagirita, se entiende el tomar de una manera disimulada, o errada, como fundamento o principio de demostración, una proposición carente de evidencia, pero que se intenta imponer como demostrada, cuando es esa, justamente, la proposición que se quiere demostrar. La falacia, aunque es un razonamiento incorrecto, resulta psicológica y argumentalmente persuasivo y por ello impone el esfuerzo de ponerlo en evidencia. (Ver ARISTÓTELES, "El Órganon, Primeros Analíticos", Biblioteca Clásicos Gredos; MANS PUIGARNAU, Jaime M., "Lógica para Juristas", Ed. Bosch; CASTEX, A., "Curso de Filosofía", Ed. Carlos Lohle; COPI, Irving M., "Introducción a la lógica", Ed. Eudeba.

(7) Que, como dijimos, no está acreditada y mucho menos demostrada empírica o racionalmente. Lo que hace más grave esta falacia material es, que además se enuncia como universal, atemporal y absoluta. Así se afirma que *todas* las aseguradoras del mundo, *en todo tiempo y en todo lugar* utilizaron. Utilizan y utilizarán métodos objetables éticamente, para defender exclusiva y únicamente sus intereses

sóficas, mediante dudosos e inclusive insostenibles postulados.

Postular que existen inconvenientes "éticos" en una metodología técnica propia de un particular contrato mercantil, típico y normativamente regulado de manera especial, nos lleva necesariamente al concepto jurídico de "ética" y a la axiología jurídica, cuestión que no podemos exponer extensivamente, por los propios límites de este trabajo, pero si cabe hacer alguna referencia a la axiología jurídica.

Para hablar de axiología jurídica se ha de estar y aceptar superado todo el positivismo excluyente desarrollado a fines del Siglo XIX y sostenido durante el pasado Siglo XX, hecho lo cual, y como bien dice Luis Recaséns Siches, después de la Segunda Guerra Mundial se puede hablar de un segundo renacimiento iusnaturalista, que nos llevará a la aceptación de valores jurídicos (conforme lo recibe el Cód. Civ. y Com. en su art. 2°) que son aquellos que dan sentido al derecho positivo, toda vez que las normas emanan del mandato del poder político, ellas no pueden ser entendidas como meros hechos, tienen un sentido fundado en valores. Ese poder político, que en el sistema republicano recae en el legislativo, regula conductas humanas, de una determinada manera, porque entienden como "mejor" que otras posibles regulaciones, aceptan que tiene un mejor desarrollo de los valores jurídicos **(8)**.

De tal manera que, cuando el poder político en un Estado de derecho, no solo admite una actividad social determinada (al no prohibirla), sino que la regula (ley 17.418) y establece un control a la vez que crea un Ente especial y específico para controlar esta actividad mercantil, profesionalmente organizada como empresa (ley 20.091) resulta esencial, en base el concepto weberiano de acción social, aceptar el valor ético y el fin social que tiene en general, toda actividad interindividual, organizada y con visos de permanencia, como también en especial la actividad aseguradora, a la cual de consuno se le impone, casi de manera excluyente, el tener un fin social para que, por vía de otro prejuicio infundado (con un grave desconocimiento y negación del principio y garantía establecido en el art. 19, CN), se pretenda imponerle estar obligada a una prestación, cuando lícita y legalmente no lo está.

Resulta admisible y hasta elogiable la oportuna benevolencia con que la Cámara recrimina estas infundadas manifestaciones al referirse a estos considerandos de la sentencia de grado, pero no por ello nos cabe soslayar el desatino a que llevan prejuiciosos fundamentos a los que nos referiremos en el punto VIII.

Concluimos este acápite con una breve aclaración del concepto de equidad, tan mal usado, tan mentado como valor jurídico, pero poco desarrollado. La equidad como valor jurídico es una forma "excepcional" de justicia que consiste en la rectificación de la ley cuando esta, en razón de su generalidad, de ser aplicada al caso concreto daría lugar a la comisión de una injusticia, porque su aplicación contradeciría la finalidad de la ley general (nuevamente art. 2°, Cód. Civ. y Com.). Los presupuestos de la aplicación práctica de la equidad son: a) la existencia de una norma general, b) que esta norma se aplique al caso, c) que el caso sea excepcional **(9)**, d) que esa excepcionalidad no esté prevista en la norma, e) que, por no estar prevista la excepción, la aplicación al caso concreto daría un resultado injusto.

No debe confundirse el concepto de equidad con el de isonomía (parecido al que se tiene de la *aequitas* del derecho romano). La isonomía es aquella que, de alguna manera y entre otras disposiciones, se puede verificar normativamente en el art. 9°, ley 20.744, en el art. 1094 del Cód. Civ. y Com. Disposiciones que imponen una interpretación que resulte más favorable al trabajador o al consumidor, porque el legislador entiende justo provocar una desigualdad normativa para "equilibrar", "igualar" las desigualdades fácticas negociales entre trabajador y empleador o en entre consumidor y proveedor o

(8) Entendemos que la escuela de Frankfurt ha sido quien mejor desarrolló el análisis crítico a los absolutismos (principalmente a los nazi y fascismo, aunque no tanto al comunismo) y de aquellos acontecimientos que conmovieron el espíritu humano emergió este nuevo desarrollo del iusnaturalismo.

(9) Lo excepcional consiste siempre en una alteración del orden de la sucesión fáctica por alguna interferencia en el curso de las causas naturales. (Cfr. Aristóteles, Física)

bien como lo exponía el derogado art. 218, inc. 3 del Cód. de Comercio que imponía el "equilibro" (isonomía) entre los contratantes (ganan o pierden en igual proporción) o mediante la teoría que dio en llamarse "del esfuerzo compartido".

En un trabajo que realizamos hace algunos años **(10)** concluimos —y hoy sostenemos— que, considerando determinadas organizaciones sociales jurídicas **(11)**, debemos reconocer que en muchas de ellas resultará probable que aquellos que peticionan la aplicación de la equidad, como los que son llamados legalmente a utilizarla cuando deben resolver una disputa de títulos opuestos, puedan caer en paralogismos por el cual exhiban como verdad, aquello que realmente no lo es y por ende el resultado justo pretendido, concluya por no ser alcanzado. Por tales razones propugnamos una interpretación muy restrictiva de los hechos y verificación de los presupuestos para la aplicación excepcional a un caso concreto de este valor jurídico.

IV. Concepto y trascendencia de la singularidad de cada caso judicial

Cuando la sentencia de grado señala que "...[s]entado ello, específicamente el problema se delimita en precisar si la incapacidad debe juzgarse de acuerdo con las tareas que en la actualidad desempeña la víctima o según pautas de actividades razonablemente generales..." y concluye que opta por considerar actividades generales, no solo deja de lado la actividad del damnificado al verificarse el daño, sino que adscribe, con un desarrollo de ejemplos hipotéticos errados, al encorsetamiento de la realidad, en favor de un esquema propio de la baremación, en el cual, con pocas variantes, todos los seres humanos son básicamente iguales.

La sentencia de Primera Instancia omite considerar que los ingresos que le procura la actividad que desarrolla el damnificado resulta uno de los presupuestos de base para el cálculo de la indemnización por las consecuencias de las disfuncionalidades que padece como daño cierto, presente y determinable (art. 1746, Cód. Civ. y Com.), en tanto lo que pudiera ser un daño futuro estimable objetivamente (v.gr. la estimación de positiva en favor de considerar probables ascensos, capacitación para encarar actividades con mayores ingresos, o una estimación negativa, como cuando se debe considerar los menores ingresos ante la imposibilidad de sortear un examen preocupacional para un cargo mejor remunerado).

Todos estos daños futuros estimables objetivamente como probables son meras "chances", posibilidades con cierto grado de probabilidad, que de ser acreditadas y deben integrar la indemnización a que se refiere el art. 1738, Cód. Civ. y Com. ["...el lucro cesante en el beneficio económico esperado de acuerdo a la probabilidad objetiva de obtención y la pérdida de chances..."; en tal sentido interpretativo se ha referido la CSJN: reconociendo, además, la posibilidad de que exista una pérdida de chances cuando se priva a la víctima de ascender en su carrera en un futuro **(12)**] en cuyo caso estos rubros se integran a la totalidad de los daños patrimoniales, pero a los que no se le aplica el art. 1746 que exclusivamente se refiere a la indemnización por "incapacidad".

Por otra parte, no coincidimos con la sentencia de Segunda Instancia cuando señala que "...como ya quedó dicho, el art. 1746 prevé la reparación de dos clases diversas de incapacidad: la resultante de disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas (incapacidad laboral), y la que resulta de la repercusión de esa disminución en las 'actividades económicamente valorables' (incapacidad vital). Esta última no se refiere a la producción de rentas, sino a 'las actividades de la vida social que son económicamente mensurables, tales como las tareas domésticas...'".

Hay muchas otras actividades que potencialmente puede desarrollar la persona humana y que justamente no son económicamente valorables (conque no se llegue al absurdo de decir

(10) SCHIAVO, Carlos A., "Doctrina aristotélica de la equidad: epiqueya", LA LEY Actualidad, nro. 162, 1999.

(11) Entendiendo por organización social jurídica, el marco histórico y organización social de una determinada comunidad, en un determinado tiempo, en la que actúan en especial juristas, jueces, abogados, legisladores, exponiendo muchas veces las graves limitaciones y carencias para actuar.

(12) CSJN, "Ontiveros", cit.; CSJN, 12/09/2017, "Leguizamón, Santiago Adolfo c. Provincia ART SA y otro s/ accidente - acción civil", Fallos 340:1256.

que a partir de la disfuncionalidad psicofísica, el damnificado se beneficia con el ahorro económico que significa verse compelido a dejar tales actividades y por lo tanto también son económicamente valorables), como las deportivas de manera aficionada (en cuyo desarrollo debe afrontar el pago del alquiler de vestuarios, canchas, servicios de profesores, pero por sobre todo mantener la aptitud psicofísica para desarrollarlas) artísticas, también de manera aficionada (bailar pintar, tocar algún instrumento musical, continuar con estudios de tales actividades, etc.).

Así lo ha entendido la CSJN **(13)** cuando resolvió considerando arbitraria a una sentencia "...que omite discriminar los distintos ítems de la indemnización, puesto que la fijación de una suma global impide verificar el procedimiento lógico empleado por el tribunal y coloca al demandado en estado de indefensión...".

En este sentido coincidimos con Lo Guidice **(14)**, quien dice: "...También deben adicionarse las consecuencias que genera la minoración en la integridad física sobre aquellas actividades que no tienen repercusión económica, pero sí la tienen en lo social, deportivo, etc., y son contempladas por el Máximo Tribunal dentro del rubro 'incapacidad'. Más allá de la denominación que se le otorgue, entendemos que se trata de un daño extrapatrimonial en una concepción amplia, que excede el *pretium doloris*. Ello sin perjuicio de la indemnización del daño moral por el dolor o sufrimiento que genere esta situación...".

Es por todo lo expuesto en este punto que, consideramos importante aceptar que cada caso a resolver es de una singularidad especial y específica, que no admite, en Justicia, el uso de criterios prefijados por el Juzgador, que terminan enunciándose con una expresión que *pari pasu* señala que "se entiende" (de la sentencia de Cámara en este caso: "...*entiendo* que la cantidad de... pesos ($ ...) enjuga con equidad este aspecto del perjuicio analizado, lo que incluye el costo de los tratamientos respectivos...". De la sentencia de Primera Instancia: "...Así las cosas, ponderando las características personales del accionante, sobradamente descriptas en la anamnesis pericial y la índole de las secuelas padecidas, *entiendo* que la cantidad de... pesos ($ ...)".

El análisis de la singularidad que propugnamos implica conocer al damnificado, su historial médico anterior al hecho dañoso, sus hábitos, su estado psicofísico general **(15)** y no solo aquel vinculado a las lesiones, sus actividades productivas económicamente valorables y sus actividades personales habituales (prácticas deportivas, culturales, sociales, políticas y sindicales etc.), estudios realizados, capacitación técnica profesional, estudios o prácticas de capacitación que estaba haciendo. Por otra parte, es fundamental el uso de información especializada de libre consulta, como los informes del INDeC sobre edad de esperanza de vida **(16)**,

(13) "Reyes, Pascual Ángel c. Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento", Fallos 320:1361; 6/3/2007.

(14) LO GIUDICE, Diego, "La cuantificación de los daños por lesiones físicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia Nacional", ED, t. 294, 10/12/2021, cita digital MMCLXXXVIII-479.

(15) Conforme la experiencia empírica propia, de los muchos colegas y jueces, con los cuales uno se ha vinculado académicamente por más de cuatro décadas, es dable expresar que en muy pocas ocasiones y como prueba de las partes o para mejor proveer, se propongan estudios completos de orina y sangre, si los mismos no guardan relaciones con las lesiones habidas, y mucho menos ergometrías, TAC, EMG, ecografías, verificación del sistema circulatorio. Otras tantas veces cuando algunas de las partes proponen todos estos estudios (en general la demandada), merece oposiciones de la contraparte admitidas por el juez, o éste de oficio las rechaza, cuando no el propio perito médico desinsaculado no las avala por considerarlas innecesarias para la confección de su experticia, de manera que la más de las veces todos los damnificados son personas que antes del hecho dañoso, eran totalmente sanas, sin disminución alguna de sus aptitudes psicofísicas. sin hábitos, sin sobrepeso, sedentarismo, sin altos índices de urea, colesterol o glucosa, cuando se sabe que todos éstos son predisponentes de una muerte prematura.

(16) Resulta irónico que en este caso la Cámara señale que: "...1) que el accidente acaeció cuando el actor tenía 23 años de edad, por lo que le restaban 52 años de vida productiva —considerando como edad máxima la de 75 años...", cuando el INDeC informa que la esperanza de vida en el país es de 72,1 años para los varones y 78,8 para las mujeres, lo que da un valor general de 75,3. O bien se estima, por una razón no explicitada, que el damnificado continuará teniendo una vida productiva más allá de la esperanza estadística de vida, o que lo hará hasta su muerte, ver https://www.indec.gob.ar/indec/web/Institucional-Indec-IndicadoresDemograficos. Cabe aclarar

como también la información que brinda el Ministerio de Trabajo de la Nación, para obtener datos sobre la evolución de los ingresos por antigüedad en cada CCT o en general, o las tablas de clasificación médica de riesgos en seguros de vida, de las cuales se puede conocer que afecciones o disfuncionalidades pueden determinar una menor esperanza de vida.

V. Los arts. 3° y 1746, Cód. Civ. y Com., y la razonable cuantificación indemnizatoria

Inicialmente entendemos conveniente señalar que si nos atenemos a los principios de técnica legislativa **(17)** y al de congruencia, verificamos que en un considerable número de artículos del Cód. Civ. y Com., cuando la norma quiso imponer al juez una determinada conducta o resolución, lo expresa con la fórmula "el juez debe", algunas veces es más específico y establece que "el juez debe evaluar" (art. 43), otras tantas la fórmula indica que "el juez puede", "el juez estime conveniente" (art. 135), "pudiendo el juez disponer" (art. 164), "debe ser apreciado por el juez ponderando" (art. 319) y en otras disposiciones el Cód. Civ. y Com. es más específico como en el caso del ar. 1741 cuando expresa: "... El monto de la indemnización debe fijarse", pero hete que, en el art. 1746 del Cód. Civ. y Com., no se impone al juez conducta alguna, no dice el juez "debe", "debe ser apreciado", u otra similar, tampoco indica que la indemnización por lesiones o incapacidad debe "calcularse", simplemente dice que debe ser "evaluada".

Entre "calcular" y "evaluar" existe una gran y evidente diferencia etimológica, aunque pudieran aparecer como sinónimos. "Calcular" proviene del latín y se refiere a las piedras (caliza o de mármol) con las que se armaba un ábaco para hacer cuentas, en tanto que evaluar proviene del francés, y se refiere a valorar. Entendemos respetuosamente, que los muy destacados juristas que intervinieron en la elaboración del proyecto de Cód. Civ. y Com., como los legisladores no pudieron omitir considerar esas diferencias entre "calcular" una indemnización y evaluar un capital que permita determinar el valor actual de la renta futura.

Ahora bien, en orden a interpretar el art. 1746, entendemos que gran parte de la doctrina autoral y jurisprudencial coinciden e insisten en que dicho artículo le impone al juez el uso de fórmulas para lo cual debería acceder al recóndito mundo de las complejas ecuaciones matemáticas **(18)**. Nada más alejado de una lógica y dogmática hermenéutica, ya que el artículo en cuestión no dice, ni impone una determinada forma mediante la cual se arribe a una suma indemnizatoria, a la estimación fundada de un capital indemnizatorio. Solo se limita a decir, de manera por cierto algo deficiente, que debe "evaluarse" el valor actual de la sumatoria de las rentas futuras que conforman el capital indemnizatorio

De esta redacción o imposición no puede colegirse que se necesita el auxilio de actuarios, doctos en matemática, o la aplicación de una determinada fórmula, el juez sobre la base de lo peticionado por el damnificado y acreditado en el proceso probatorio tiene toda la discrecionalidad jurídica para determinar, sin necesidad de matemáticas o fórmulas complejas, el monto del capital como sumatoria de todas las rentas futura, que después y recién luego, en cumplimiento de la manda legal, se calculará el valor actual de esas rentas antes estimadas que conforman el capital **(19)**.

---

que las tablas de mortalidad y las estadísticas demográficas a considerar son aquellas que consideran a toda la población y no justamente las tablas de mortalidad con que operan las aseguradoras, que se refieren a personas seleccionadas médicamente, como riesgo aceptable, no tarado y que por tanto puede ser aseguradas.

(17) Leyes 24.967 y 26.939 Digesto Jurídico Argentino, Anexo de Técnica Legislativa, (ver la dirección Internet http://www.infoleg.gob.ar/basehome/manualdetecnicalegislativa.html).

(18) Tal vez la lectura de TAHAN, Malba, "El hombre que calculaba", Santiago Rueda Editor, ayudaría a desmitificar negativamente a las matemáticas, como conocer que Pierre Fermat un abogado, tuvo la primera idea sobre el cálculo diferencial y con Pascal inventó el cálculo de probabilidades, permite desmentir la aversión que se dice suelen tener los hombres de derecho por las matemáticas.

(19) Entender algo tan simple, permite aceptar que, si el juez estimase que no es razonablemente que, al aplicar el factor de descuento, se llega a una suma insuficiente para ser considerada una reparación plena, pueda aumentar una de las variables (el capital, base del cálculo) o disminuir otra variable (la tasa de descuento), por lo que podrá arribar a una suma que satisfaga en la inteligencia del Juzgador, la reparación plena.

Por otra parte, el art. 1746 se refiere únicamente a una variable: "el término del plazo en que razonablemente puede continuar realizando tales actividades", no establece la tasa del factor de descuento [ni siquiera indica que debe ser la tasa pura para determinadas operaciones financieras **(20)**] de manera que el juez puede justificar razonablemente el uso de una tasa del 2% anual. Tampoco se refiere, ni impone una forma de cálculo de la renta periódica, cuyo monto queda librado a la discrecionalidad jurídica del juez, en la evaluación de las pruebas producidas en el proceso.

De manera que, así como para la confección de una liquidación de sentencia se calcula la indemnización por los daños que produce la mora, mediante la aplicación de una tasa de interés, así también es dable establecer una tasa de descuento por imponer al obligado el pago total anticipado de la renta futura. Así lo admite, afirma y dice la Cámara en el caso que nos ocupa: "...Todos hemos aprendido en la escuela que, cuando se habla de números, es necesario efectuar cuentas..." **(21)**.

Desarrollemos y analicemos la fórmula propuesta, en este caso, por la Cámara **(22)**:

$$C = A \cdot \frac{(1+i)^a - 1}{i \cdot (1+i)^a}$$

Donde:

"C" es el capital a determinar;

"A", la ganancia afectada, para cada período. Variable que es discrecionalmente **(23)** estimada por el juez;

"i", la tasa de interés a devengarse durante el período de extracción considerado (factor de descuento. Variable que también es discrecionalmente estimada por el juez;

"a", el número de períodos restantes hasta el límite de la edad productiva o la expectativa de vida presunta de la víctima. Variable que también es estimada discrecionalmente por el juez.

Como se observa todas las variables son determinadas por el juez, en dicha forma no existen constantes legalmente impuestas que obliguen al juez o le impidan aplicar discrecionalmente sus criterios de evaluación.

En cuanto al tema de la razonabilidad de los fundamentos a que se refiere el art. 3°, Cód. Civ. y Com. entendemos que:

a) Cuando la resolución judicial señala que el capital indemnizatorio se encuentra estimado a valores a la fecha de la sentencia debe necesariamente indicar expresamente como se "repotenció" dicha suma inicial desde la fecha del hecho.

b) La determinación de la indemnización por la disfuncionalidad provocada por las lesiones debe expresar las razones consideradas en cada

(20) La tasa pura que permite utilizar la Superintendencia de Seguros de la Nación, para la conmutación en los seguros de vida, no puede superar el 4%. Por lo que desconocemos la razonabilidad de quienes entienden que la tasa de descuento a aplicar debe ser del 6% o inclusive del 8% anual.

(21) A lo que cabe agregar que en la curricular de materia correspondientes al ciclo secundario la materia "matemáticas" se cursa durante todos los años del ciclo básico y los del segundo ciclo. De manera que no es algo arcano y desconocido para abogados, jueces y auxiliares de la Justicia.

(22) Aclaramos que realmente la variable i para una renta mensual no es como dice la Cámara del 6%, sino que ese porcentaje anual debe ser dividido por 12, con lo cual la variable "i" es, para la estimación del Superior del 0,50%. Dicho lo cual podemos explicar que la fórmula surge de la sumatoria del cálculo del valor actual de cada renta mensual. Vemos un breve desarrollo, es sabido que si impongo un capital de $ 100 a un interés del 6% anual, al cabo del año tendré $ 106, así surge de multiplicar 100 por 1,06, luego si quiero saber cuál es el valor actual de $ 106 que fueron impuestos al 6% de interés anual, en lugar de multiplicar, divido 106/1,06 y el resultado es $ 100, pero como calculo el valor actual de un capital que al cabo de dos años de estar impuesto al 6% de interés anual resulta de $ 112,36, pues en este caso cabe tomar la suma de 112,36 y multiplicarla por el factor de descuento (en nuestro ejemplo, para ese período de dos años sería (1/1+i)^2, o sea 1 dividido 1,06, que resulta 0,943396, que potenciado al cuadrado da 0,889996, valor que como dijimos multiplicamos por $ 112,36 para conocer cuál es el capital inicial, cual es el valor actual y nos da $ 100. Esto tan simple es calcular el valor actual de cada renta futura (aclaramos que los valores menores a 1, resultantes al dividir 1 por 1,06 y el que resulta de su potencia al cuadrado se ha simplificado la serie decimal para simplificar la exposición).

(23) Discrecionalidad en el sentido del "prudente juicio" fundado razonablemente en las probanzas y peticiones de las partes en el proceso.

una de las características personales del damnificado, porque el sexo, su estado civil, etc. pueden determinar un valor u otro.

c) Porque su trabajo e ingresos son determinantes de la variable considerada para concluir estableciendo la renta periódica.

d) Porque se elige una determinada tasa de interés para el cálculo del factor de descuento (obvio que no debería ser admisible un porque le "parece" bien o justo).

e) Porque evalúa una sobrevida del damnificado para determinar la cantidad de rentas periódicas futuras.

f) Si se ha considerado una indemnización distinta y aparte, por aquellos rubros que configuran la pérdida de chances (pérdidas probables de futuros ascensos, de cambios de trabajo por otra mejor remunerados).

g) Si se ha contemplado una indemnización distinta y aparte por el daño que implica la disfuncionalidad para la realización de actividades que no resultan económicamente valorables.

h) El porqué de la elección de la una determinada satisfacción sustitutiva y compensatoria, por sobre otras opciones y, en su caso, cuáles fueron estas.

i) Por qué resulta razonable la cuantificación de las sumas estimadas para procurar la satisfacción sustitutiva y compensatoria.

VI. Sobre estadística y estocástica

Entre las tantas prejuiciosas inexactitudes de la sentencia de Primera Instancia, cabe señalar que esta considera: "...En efecto, la norma bajo examen adopta una metodología que encuentra su origen en el sistema actuarial (en tanto ciencia que tiene por objeto de estudio las repercusiones financieras de riesgo e incertidumbre, de inexorable aplicación en sistemas de garantía financiera, dado que se evalúa a través de herramientas matemáticas la probabilidad de ocurrencia de eventos, cuantificando sus probables resultados a efectos de minimizar el impactos de las pérdidas financieras derivados de tales hechos inciertos o aleatorios, de donde la securitización bascula primordialmente sobre tal tipo de análisis), que tiene un fundamento matemático, con foco en la estadística inferencial, que permite evaluar riesgos vinculados a variables financieras..." **(24)**.

Esta parte del desarrollo de la sentencia pareciera evidenciar una posible impericia en el tratamiento del tema expuesto, o el uso de una consulta y copia inexperta, toda vez que inicialmente acomete una confusión básica entre matemática financiera, estadística **(25)**, estocástica y prácticas financieras para obtener liquidez de inversiones relativamente ilíquidas y que en inglés se denomina *securitization* (salvo que la sentencia le hubiera querido dar otro significado y que no sabemos por cuanto no lo indica así).

(24) Dicho eso la sentencia luego concluye proponiendo y abogando por el sistema de baremación de antecedentes jurisprudenciales sin mencionar fuentes bibliográficas como los trabajos del Dr. Carlos G. Gregorio (Carlos G. Gregorio, Elena I. Highton y Gladys S. Álvarez, "Cálculo de las indemnizaciones por daños personales", Revista de Derecho Privado y Comunitario Derecho y Economía, Rubinzal Culzoni, setiembre, 1999) o el informe argentino al V Congreso Ibero latinoamericano de derecho de seguros, elaborado por el Dr. Diego Sánchez) ni tampoco explicando las fallas y desvíos que tiene este sistema, aceptado en algunos países, obviamente con cierta estabilidad del valor de la moneda, y en contexto normativo más complejo (como es el caso de Francia, donde la aplicación de ley Badinter disminuyó sustancialmente la conflictividad judicial para caso de reclamaciones indemnizatorias).

(25) JOHNSON, Robert y KYBY, Patricia, "Estadística Elemental: lo esencial", Ed. Cenage Learning, DF, México; BENNETT, Jeffrey O., BRIGGS, William L., y TRIOLA, Mario F., "Razonamiento estadístico", Ed. Pearson, DF, México; ROSA, Ernesto, "¿Estadística Descriptiva versus Análisis Exploratorio de Datos?", Comunicación oral presentada en las Jornadas Interamericanas de Enseñanza de la Estadística, Caseros, Prov. Buenos Aires, R. Argentina, 2002; ROZANOV, Yuri, "Procesos Aleatorios, curso resumido", Ed. Mir; TORANZO, Fausto, "Iniciación en estadística aplicada", Ed. Macchi; GUERRERO G., Manuel Víctor, "Estadística básica para estudiantes de economía y otras ciencias sociales", Ed. FCE; PUGACHEV, V. S., "Introducción a la Teoría de las Probabilidades", Ed. Mir; AMOS, Jimmy R. - LLOYD BROWN, Foster, MINK, Oscar G., "Introducción a la estadística", Ed. Harper & Row; MAYES, Anne C., MAYES, David G., "Fundamentos de estadística para economía", Ed. Limusa; LARSON, Harold, "Introducción a la teoría de probabilidades e inferencia estadística", Ed. Limusa; "PALACIOS, Hugo E., "Introducción al cálculo actuarial", Ed. Mapfre; GNEDENKO, B. V. - JINCHIN, A. I., "Introducción al cálculo de probabilidades", Ed. Eudeba.

No resulta cierto que el uso de la matemática financiera para la obtención de un valor actual de una renta futura tenga que ver con la estocástica, como tampoco con el cálculo de probabilidades.

Resulta sumamente dificultoso realizar un análisis lógico de la expresión "...con foco en la estadística inferencial, que permite evaluar riesgos vinculados a variables financieras..." **(26)** toda vez que los riesgos vinculados a variables financieras no son propios de la actividad aseguradora (ya que el aseguramiento de estos riesgos está prohibido legalmente, cfr. ley 20.091, art. 24, Planes Prohibidos, punto 2: "...La cobertura de riesgos provenientes de operaciones de crédito financiero puro...").

Por otra parte, mencionar la estadística inferencial, sin más, adiciona confusión conceptual, ya que existe una estadística descriptiva, otra aplicada a determinadas ciencias y actividades (medicina, ciencias sociales), la estadística matemática que es la vinculada a la estocástica y también la estadística inferencial o inductiva que permite establecer generalizaciones para la toman decisiones o para realizar deducciones prácticas.

Está claro que encarar de manera amplia la explicación de la técnica estadística y probabilística con que las aseguradoras deben elaborar sus tarifas, excede este simple comentario, pero si se puede afirmar que la técnica matemática económica básica de la actividad aseguradora dista mucho del galimatías que nos presenta la sentencia en el caso que nos toca comentar, puesto que el relevamiento y estudio de las variables aleatorias, las magnitudes y frecuencias de ocurrencia de un determinado evento, en un determinado tiempo y espacio, permite el cálculo de la llamada prima pura (base para la obtención del precio de cada contrato de seguro) es algo más complejo que lo que se pretende exponer en la sentencia.

VII. Los prejuicios imprudentes

En varios trabajos anteriores tuve oportunidad de manifestarme contra los infundados prejuicios de suma imprudencia que se levantan contra la actividad aseguradora **(27)** tanto por una inconsistente extrema doctrina autoral, como por algunas desatinadas tendencias jurisprudenciales.

Se le endilga a la actividad aseguradora una casi exclusiva función social, como si otras actividades como la educación, la alimentación, la construcción de viviendas, la medicina privada, el ahorro público, el transporte no tuvieran ese mismo fin social **(28)**. Por eso expresamos que no puede erigirse de tal función común a todo el acciona empresario, como fundamento para la interpretación únicamente del contrato de seguro, imponer inoponibilidades de condiciones contractuales que por cierto no solo fueron autorizadas, cuando no impuestas normativamente por el Ente de Control, sino que además no resultan abusivas y tienen un fundamento técnico.

Ahora, además nos vemos frente a una sentencia de Primera Instancia que pareciera abrir las puertas a la definitiva demonización y vituperio de la actividad aseguradora endilgándole influencias espurias sobre los legisladores para lograr normas que beneficien sus, al parecer de la sentencia, espurios intereses.

Además de lo intolerable de estas extremas e injustificadas expresiones, cabe señalar el esca-

(26) Manifestación parcial que omite aclarar y referirse concretamente al concepto de Variable Aleatoria. Variable aleatoria discreta, no explica lo que son y cuáles son las distribuciones de probabilidades, para variables aleatorias discretas (conjunta, de variables aleatorias, de probabilidad, conjunta marginal, conjunta condicional, conjunta acumulada, binomial. de Poisson). De la distribución Binomial usando la distribución de Poisson. También omite explicar que es una variable aleatoria continúa. Que es el rango, rango medio, mediana, media varianza, y desviación estándar y cuáles son las distribuciones para variables aleatorias continúas como la función de densidad para variables aleatorias continúas.

(27) El plenario "Obarrio" y la llamada función social del seguro como instituto adecuado a la idea solidarista. Publicado en Lexis Nexis. JA 2007-I, fasc. 7, p. 47. Coautor: Mario Castro Sammartino; El seguro de responsabilidad civil obligatorio del transporte automotor de pasajeros y el plenario Obarrio. Publicado en LA LEY, 2007-B, 50. Coautor: Mario Castro Sammartino; Nuevamente sobre la oponibilidad de la franquicia. La doctrina de la Corte y el Plenario "Obarrio". Publicado en LA LEY del 07/09/2006, p. 4. Coautor: Mario Castro Sammartino.

(28) CASTRO SAMMARTINO, Mario - SCHIAVO, Carlos, "Seguros leyes 17.418 y 22.40 comentario y jurisprudencia", Ed. Lexis Nexis, p. 35.

so conocimiento y voluntad de saber cómo está constituido y funciona el mercado asegurador argentino, que significa y que consecuencias producen la sobreoferta de aseguradores, o una guerra de tarifas, que es el precio técnico y el comercial.

Se debe conocer el por qué a partir del concepto de oportunidad mérito y conveniencia de manera discrecional del PEN y de la SSN, se determina cuáles son los parámetros básicos de solvencia de las aseguradoras, y si esos valores son suficientes cuando suele ocurrir la existencia de entidades que carecen de virtualidad técnica para ello, pero mientras superviven, distorsionan la operatoria general del resto del mercado asegurador.

Por último, es sabido que el uso indiscriminado de los absolutos (todo, siempre, nunca, nada, etc.) torna infundada toda proposición, ya que justamente por ser absolutismos no aceptan excepción y por lo tanto no pueden ser demostrados. Cuando se expresa en una consideración que "las aseguradoras" tal cosa o tal otra, se está frente a una proposición carente de razonable fundamento, por ser indemostrable y se torna en un simple sofisma.

VIII. Conclusiones

El presente comentario es uno de esos trabajos que uno duda en realizar, siente cierto respetuoso pudor y límite académico para enfrentar algunos batiburrillos que no miden y sopesan reflexivamente las consecuencias de las consideraciones que se vierten en un decisorio judicial y mucho más las resoluciones que de todo ello deriva.

Insistimos en el análisis que hiciéramos del art. 1746, que no impone al juez una fórmula para el cálculo de la indemnización por las consecuencias disvaliosas producto de lesiones psicofísicas. Artículo, que no impide al juez el ejercicio de una razonable discrecionalidad para resolver el quantum indemnizatorio, y el valor de las variables cuando se calcula el monto actual de la sumatoria de las rentas futuras.

Que la práctica jurisprudencial en el ámbito laboral haya utilizado las fórmulas Vuotto, Méndez, que establece dos constantes (tasa de interés para el cálculo del factor de descuento y edad máxima laboral) que en alguna provincia se utilice una determinada constante como factor de descuento (fórmula Marshall), que prestigiosos juristas, autores con calificados y reconocidos conocimientos matemáticos, hayan propuesto una formula determinada para calcular la indemnización por disfuncionalidad sumada a la pérdida de chance de futuros incrementos de la renta, no obliga a ningún juez en el cumplimiento de los dispuesto en el art. 1746 a aplicar tales fórmulas, el magistrado solo debe definir y determinar las variables con absoluta discrecionalidad jurídica.

DERECHOS REALES

Comentarios Jurisprudenciales

DESALOJO POR INTRUSIÓN

Legitimación activa de quien alega ser poseedor. Alcances. Inadmisibilidad de la vía intentada. Rechazo.

Con nota de Florencia Rodríguez Nasuti

1. — Cuando se acciona por desalojo por intrusión invocando la condición de poseedor, en principio, se debe seguir la vía de la acción posesoria, dado que si se permite lo primero se impide al demandado oponer la excepción de prescripción anual del art. 2564 del código de fondo. Puede, accionarse por desalojo, pero se corre el riesgo de que el demandado invoque y acredite *prima facie* el carácter de poseedor.

2. — En el juicio de desalojo no pueden discutirse derechos posesorios, ya que en tal caso la vía que debe seguirse es la de la reivindicación —siempre que sea propietario— o la de las acciones posesorias.

3. — Cuando quien demanda el desalojo por intrusión es meramente poseedor se debe ser aún más estricto para hacer lugar a su procedencia. Ello así porque, en principio, debe recurrir a las acciones posesorias.

4. — Aun admitiendo que el actor probó que era poseedor del lote con anterioridad a que lo ocupara la demandada con su familia, esta también probó *prima facie* su carácter de poseedora.

CCiv. y Com., Mercedes, sala I, 11/08/2021. - Pastrana, Francisco c. Barroso, Cintia Romina s/ desalojo (excepto por falta de pago).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/126745/2021]

COSTAS

Se imponen al accionante vencido.

Expte: SI-118732

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 11 de 2021

1ª ¿Es justa la sentencia apelada? 2ª ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

I. La sentencia de fecha 27/07/2020 es apelada por la demandada, quien expresa agravios en forma electrónica, los que son contestados por igual medio.

II. 1. El Sr. Francisco Pastrana promovió demanda de desalojo por intrusión contra la Sra. Cintia Romina Barroso del lote de terreno ubicado en ...

Dijo que su cónyuge había sido la ocupante originaria del lote, habiendo adquirido la posesión "mediante una causa lícita", y que él, en su carácter de heredero forzoso, era continuador de la misma, administraba la parcela, pagaba los impuestos y verificaba que se encontrara en buenas condiciones, manteniendo una relación contractual con el Sr. Mario Costa, quien se apersonaba para realizar el mantenimiento.

Continuó diciendo que el 22/02/2019 pasó por el terreno, observó que se hallaba libre de ocupantes con el pasto crecido, y al decirle al Sr. Acosta este pasó el 25/02/2019 y se encontró con algunas personas que estaban cortando el pasto y no le permitieron el ingreso. Agregó que, enterado de ello por un vecino, su hija se comunicó con el Centro de Operaciones y Monitoreo del Municipio de Gral. Rodríguez, que envió un patrullero, que condujo a él, su hija y los intrusos a la comisaría donde se redactó un acta. Finalmente, el 07/03/2019 volvió al lugar y corroboró que los intrusos seguían en el terreno, observando que habían construido una casilla con tarimas de madera, a la que le colocaron una antena satelital y luz eléctrica.

2. Contestó la demanda Cintia Romina Barroso oponiendo en primer lugar excepción de falta de legitimación pasiva fundada en que desde julio de 2017 se hallaba viviendo en el terreno ubicado en ... Dijo que, junto a Javier Osorio, padre de su hijo, ingresaron al lote de manera pacífica, continua e ininterrumpida, dado que se hallaba libre de ocupantes y que estaban construyendo su casa. Dijo que previamente hicieron actos posesorios, como desmalezamiento, alambrado, instalación de luz eléctrica y la defensa y exclusión de terceros. Aclaró que la numeración indicada le fue informada por la empresa prestadora del servicio eléctrico y era la que usaba, por lo que desconocía si se correspondía con la numeración municipal y si coincidía con el lugar señalado por la actora. Para el caso de que hubiera identidad entre ambos, pidió el rechazo de la demanda dado que no era locataria, tenedora precaria o intrusa, y carecía de la obligación de restituir al accionante. Citó jurisprudencia en cuanto a que, si el accionado probaba "*prima facie*" la posesión, no era procedente la acción de desalojo.

En segundo lugar dedujo excepción de falta de legitimación activa fundada en que el actor no había tenido jamás la posesión del bien.

Subsidiariamente contestó la demanda. Luego de negar todos los hechos y documentación invocados, reiteró que ingresó al lote con su esposo e hijo en julio de 2017, realizó actos posesorios y en septiem-

bre pidió informe de dominio al Registro de la Propiedad, del cual surgieron cinco titulares registrales, quienes, por sus fechas de nacimiento era imposible que estuvieran con vida, razón por la cual afianzaron la posesión con ánimo de dueños y prosiguieron la construcción de la vivienda. Reiteró los actos posesorios ya señalados, agregando que habían pagado la tasa municipal pidiendo el cambio del destinatario. Concluyó que se defendieron del ataque del actor el 26/02/2019, lo que derivó en un acta labrada en la comisaría sin resultado para aquel.

3. Corrido traslado de las excepciones y de la documentación al actor, este contestó pidiendo su rechazo.

Respecto de la falta de legitimación pasiva, dijo que la demandada lo era dado su carácter de intrusa. Respecto de la diferencia de numeración dijo que en el acta labrada en la comisaría la accionada reconoció que su domicilio era en el lote en cuestión, aunque aclaró que eso no podía ser exacto dado que se trataba de un terreno sin construcción como para vivir. Dijo que la defensa de la accionada era contradictoria dado que en el mismo escrito decía que habían tenido que defenderse de terceros, como el actor. Expresó que la demandada tanto al recibir la cédula de notificación de la demanda, como en su escrito refirió distintos domicilios, y en especial que en el ofrecimiento de prueba pidió oficio al Registro de la Propiedad identificando el inmueble con la misma nomenclatura denunciada en la demanda. Observó la prueba documental acompañada por la accionada.

En relación a la falta de legitimación activa, dijo que la carga de la prueba de la posesión recaía en la demandada, y que el objeto del juicio de desalojo no era discutir derechos reales sino la obligación de restituir, y que el actor estaba legitimado activamente por "ser titular de una acción personal" en carácter de poseedor del inmueble y continuador de la posesión que estaba en cabeza de su cónyuge, lo que sí estaba acreditado *prima facie* con la prueba acompañada.

4. Sin resolver ni diferir el tratamiento de las excepciones, el magistrado abrió el juicio a prueba bajo el sistema de "implementación de la oralidad en los procesos de conocimiento civiles" de la SCBA.

5. Cerrado el período probatorio, se dictó sentencia rechazándose en primer lugar las excepciones opuestas, y luego haciéndose lugar a la demanda, con costas.

Respecto de la falta de legitimación activa, dijo el juez que el actor invocaba su condición de poseedor del inmueble, lo cual alcanzaba para ser titular de la misma.

En relación a la falta de legitimación pasiva, expresó que debía resolverse junto al fondo del asunto.

Luego de recordar qué constituía la posesión según el Código Civil y Comercial, como asimismo las pautas de evaluación de la prueba dijo que, de su cotejo en el caso, se concluía que debía prevalecer la configuración de las circunstancias fácticas invocadas por el actor. Señaló que la valoración de las absoluciones de posiciones y declaraciones testimoniales llevadas a cabo en la audiencia de vista de causa, "utilizando el método de la libre interrogación de las partes", lo conducían a conocer las circunstancias y razones que llevaron al actor al status de poseedor del terreno. Señaló que los dichos de los testigos ofrecidos por la accionada, si bien en principio concordantes, eran escasos en precisiones en cuanto al lote objeto de la litis.

Destacó contradicciones entre lo declarado por la demandada y lo dicho por los testigos en cuanto a la fecha de ingreso de aquella y respecto de la colocación de alambrados y puerta de ingreso o comunicación con el lote lindero. Por otro lado —señaló— los testigos ofrecidos por la actora habían sido más precisos en cuanto a la posesión del actor y que uno de ellos dijo que en 2018 no había nadie en el lote.

Recordó el juez la jurisprudencia en cuanto a que el demandado debe probar *prima facie* la posesión, lo que no surgía de la prueba producida.

Concluyó que estaba probada la vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote, y que esa relación de poder fue interrumpida por la accionada al instalar una casilla de madera en circunstancias asimilables a un comportamiento clandestino, lo que asoció con la precaución de que no se exteriorizara la toma de posesión o para que no llegara a conocimiento de quienes se podrían oponer, todo lo cual conducía a la configuración de la obligación exigible de restituir en favor del actor.

III. En sus agravios, la demandada se queja en primer lugar de la valoración hecha por el juez de la prueba testimonial, ya que habla de las imprecisiones de los testigos acerca del lote en litigio, siendo que ello es lo que condujo a oponer la falta de legitimación pasiva fundada en la discordancia en cuanto a la numeración de la calle donde el mismo se encuentra. Critica especialmente la valoración del conjunto de la prueba hecha en la sentencia.

Dice que en autos estamos ante dos pretensos poseedores, pero ni la actora fue o es poseedora ni ella ocupó u ocupa el lote clandestinamente. Señala que en ninguna parte de la sentencia se destaca la prueba de donde surgiría la calidad de poseedora de la Sra. Hilda Tordoya, cónyuge del actor y cuyo nombre no

figura en ningún documento aportado ni es nombrada por algún testigo, como que no está demostrado que haya adquirido el bien en forma "lícita". Concluye que la sentencia ha hecho una absurda valoración de la prueba.

En su contestación el actor defiende la sentencia, con argumentos a los cuales cabe remitirse por razones de brevedad.

IV. Cabe señalar en primer lugar que los agravios no atacan en forma concreta y razonada el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta que se fundara en que se trataba la demanda de un lote distinto a la ocupada por la accionada. Ello así porque no alcanza a cumplir las exigencias del art. 260 del C. Procesal la referencia a que la imprecisión de los testigos por ella ofrecidos se corresponde con la confusión en cuanto a la numeración de la calle. Por otro lado, como bien dijera el actor al contestar la excepción, la accionada al ofrecer prueba informativa al Registro de la Propiedad identificó catastralmente el inmueble igual que en la demanda.

Yendo a la cuestión de fondo, destaco que, en principio, cuando se demanda por intrusión se debe ser propietario (SCBA, (sent. del 02/07/1985, ED, 117-531, del 01/08/2002, LA LEY, B. A., 2001-1465; esta Sala, causa N° 112.033 del 22/07/2008), dado que la obligación de restituir que contempla el art. 676 del Cód. Proc. Civ. y Comercial se refiere a quien ha recibido el inmueble en virtud de una relación contractual; por ejemplo un contrato de locación o de comodato. En estos casos, el actor no necesita demostrar su condición de propietario, dado que el poseedor puede perfectamente ser locador o comodante; solo requiere, en caso de que fuera negado ese vínculo, acreditarlo. También podría darse el caso de que se intente el desalojo de una persona que está en el inmueble como mero tenedor pero el origen es contractual; es el caso del casero o cuidador de la finca, quien cesado el vínculo laboral, se niega a restituirla. Podría ocurrir también que una persona le entregue las llaves a otra para que haga reparaciones o trabajos de pintura mientras está afuera, y aquella no se vaya terminados los trabajos o al regreso del dueño. Es decir, en estos casos la ocupación del inmueble se ha iniciado por un vínculo contractual y el demandado tiene obligación de restituirlo. Ellos son los casos en que se genera un derecho o crédito "personal" (art. 724 Cód. Civ. y Comercial), a diferencia del derecho "real", en que el vínculo es entre la persona y la cosa (art. 1882 Cód. Civ. y Comercial; Alterini, Jorge H. y ot. "Tratado de los Derechos Reales", T. I, Parte General, LA LEY, 2018, ps. 20, 50 y ss.). Distinto es el supuesto en que se demanda por intrusión. Aquí no existen obligaciones "personales" entre las partes. La discusión es acerca de quien tiene derecho sobre la cosa.

No obstante, la Corte provincial en forma amplia incluye al poseedor entre quienes tienen legitimación activa para demandar por intrusión (Ac. 43.952, S 05/06/1990; Ac. 49.122 S 30/06/1992; Ac. 46.887 S 08/09/1992; Ac. 56.295 S 08/07/1997; C 103177 S 30/03/2011; C 116611 S 07/05/2014, entre otras), aunque cuando se alega el carácter de propietario exige que se acredite fehacientemente (Ac. 83.360 S 05/11/2003; Ac. 78.132 S 18/07/2001; Ac. 34.826 S 27/05/1986, Ac. 34.608 S 11/10/1985; CC0001 MO 53.006 RSD-24-6 S 09/02/2006, entre otras).

En el caso de autos no se invocó la calidad de propietario sino la de poseedor del inmueble, por lo que debe analizarse si se ha probado el carácter de intrusa de la accionada en la medida en que ella se ha defendido invocando también su carácter de poseedora.

En tal sentido es de recordar que es doctrina inveterada de la casación provincial que en el juicio de desalojo no pueden discutirse derechos posesorios (SCBA, "Ac. y Sent." 1957-IV, 612; cit. en Morello y otros, "Códigos...", 1ª ed., vol. VII, p. 516; Ac. 35.351, Ac. 49.122, Ac. 73.150, Ac. 83.216, entre varias; esta Sala, causa N° 108.562 del 13/05/2004, entre otras), ya que en tal caso la vía que debe seguirse es la de la reivindicación (siempre que sea propietario) o la de las acciones posesorias (que pueden deducirlas no solo los propietarios sino también los poseedores). Cierto es que la Suprema Corte ha atemperado el rigorismo de tal solución (que conduce al rechazo de la demanda) diciendo que no basta alegar la condición de poseedor para enervar la acción de desalojo sino que debe probarse "*prima facie*" (SCBA, "Acuerdos y Sentencias", 1959-II-632; 1960-IV-335; 1962-II-335; 1966-II-585; 1970-I-135; Ac. 51.078, Ac. 73.150, Ac. 77.887, Ac. 83.216 del 10/09/2003, Ac. 83.235 del 02/07/2003, C 102.194 del 19/09/2007, C 107.959 del 05/10/2011; esta Sala, causas N° 88.058 del 14/10/1989, y N° 108.562 del 13/05/2004, 114.177 del 14/12/2012, 115.939 del 26/10/2016, 116.163 del 11/04/2017, 116.784 del 10/05/2018, entre otras), pero adviértase que casi siempre se trata de demandas deducidas por el propietario, a quien, en caso contrario, se lo obligaría a iniciar un nuevo juicio por la vía de la reivindicación, con el desgaste inútil y pérdida de tiempo que ello implica. No obstante, la jurisprudencia acepta que la demanda de desalojo, aún rechazada, interrumpe la prescripción adquisitiva del poseedor (SCBA Acds. 65.115 S 09/03/1999, 54.399 S 20/11/1996; CC0002 QL 18.258 S 31/10/2017; CC0002 SI 59.176 RSD-41-93 S 23/03/1993).

A mi modo de ver cuando quien demanda el desalojo por intrusión es meramente poseedor se debe ser aún más estricto para hacer lugar a su procedencia. Ello así porque, en principio, debe recurrir a las acciones posesorias. En el código de Vélez estaban

previstas en los arts. 2468 a 2501 y en particular la de despojo (art. 2490), contemplado como interdicto de recobrar en los arts. 608 a 612 del Cód. Procesal de nuestra provincia). En el Cód. Civ. y Comercial (aplicable al caso de autos) están contempladas en los artículos 2238 a 2246 y la que nos ocupa se denomina "acción de despojo" (Art. 2241).

La diferencia con la acción de desalojo no es una cuestión menor. En primer lugar con el código de Vélez la posesión se perdía cuando había transcurrido más de un año desde el despojo (art. 2456 Cód. Civil). La razón de ser de este artículo era que, siendo la posesión un poder de hecho sobre la cosa debía ejercerse efectivamente; o sea realizar actos posesorios continuos y efectivos, repeliendo cualquier intento de despojo, y se presumía que si ese poder fáctico se había dejado de ejercer (por ir a vivir a otro lado o por no atender y cuidar con actos concretos el terreno) durante un año era porque se había perdido interés sobre el mismo por no necesitarlo. Téngase en cuenta que en su origen reconocer derechos a quien no tenía un título tenía una razón social: priorizar la situación de quien hacía un uso efectivo, sobre todo con la inmensa mayoría de las personas sin vivienda ni lugar donde vivir. Por consiguiente, el poseedor si dejaba transcurrir un año permitiendo que otro ejerciera la posesión del inmueble en forma exclusiva, perdía derechos sobre el inmueble. Para que ello no ocurriera debía deducir dentro del año la acción o interdicto de recuperar la posesión.

El Cód. Civ. y Comercial sancionado en 2014, a mi juicio, ha ido más allá. Ni siquiera establece que se pierde la posesión cuando transcurre un año desde el despojo. Contempla, entre otras causales, que se extingue cuando "otro priva al sujeto de la cosa" (art. 1931 inc. b). ¿Quiere decir esto que la pérdida es instantánea o inmediata en este caso? ¿Cómo se compatibiliza con el art. 2241, que prevé la acción de despojo, o sea, la acción para recuperar la posesión? La respuesta está en el plazo de prescripción de las acciones posesorias, que es de un año (art. 2564 inc. b); o sea el mismo que establecía el art. 2456 del código de Vélez. De ahí que el legislador de 2014 no consideró necesario reiterarlo (Ventura, Gabriel B. "Las defensas posesorias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación"; https://www.acaderc.org.ar/wp-content/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/defensasposesoriasccyc.pdf).

En cambio, para la acción de desalojo rige el plazo ordinario de prescripción de cinco años (art. 2560). Esto es importante porque si entendemos que el poseedor tiene legitimación para accionar por desalojo contra un intruso se burla el plazo de las acciones posesorias del art. 2564 inc. b) del código (sobre accionar por una vía para burlar un plazo de prescripción especial ver esta Sala, causa N° 118.552 del 06/05/2021).

En definitiva: cuando se acciona por desalojo por intrusión invocando la condición de poseedor, en principio, se debe seguir la vía de la acción posesoria, dado que si se permite lo primero se impide al demandado oponer la excepción de prescripción anual del art. 2564 del código de fondo. Puede, conforme a la jurisprudencia de la SCBA, accionarse por desalojo pero se corre el riesgo de que el demandado invoque y acredite *prima facie* el carácter de poseedor.

Es que, como ya se dijo, cuando se enfrentan dos poseedores ("poseedor contra poseedor") se produce la situación que siempre se ha negado que pueda resolverse en un juicio de desalojo, a la que hiciéramos referencia.

Y esto es precisamente el caso de autos. Desde la misma demanda el actor reconoció que no era titular dominial del inmueble. Dijo que su cónyuge (ya fallecida) había sido poseedora "mediante una causa lícita" (sin aclarar cuál) y que él era continuador como heredero forzoso. Nada trajo para acreditar esa "causa lícita". Al declarar ante el juez —dejando momentáneamente que las "declaraciones" de las partes en audiencias no pueden mejorar los términos de la traba de la litis dado que distorsiona la finalidad de la prueba confesional; esta Sala, causa N° 117.483, "Córdoba c. Transp. La Perlita", del 15/10/2019— dijo que la municipalidad lo había cedido a su esposa en 1992 por 20 años y que se había firmado una "declaración jurada". Ningún documento se acompañó ni prueba informativa se produjo para acreditar tal aseveración (destaco que ni siquiera se dijo que esos derechos posesorios se hubieran denunciado en la sucesión de la esposa), y además, ¿desde cuándo un intendente puede ceder inmuebles que son registralmente de particulares? Si lo hizo —y ese fue el origen de la posesión del actor— fue tan ilegítimo como si la Sra. Hilda Tordoya hubiera ocupado el inmueble directamente sin anuencia de funcionario público alguno.

Ahora bien, señalo esto porque la sentencia, aceptando la alegación del actor, habla de "vinculación de hecho de buena fe entre el Sr. Pastrana y el lote de terreno" (sin explicar por qué lo califica de esa manera), pero lo cierto es que el carácter de poseedor con ánimo de dueño no requiere de buena fe (art. 1909 Cód. Civ. y Comercial, Alterini, Jorge H., ob. cit., p. 457). Al contrario, en la gran mayoría de los casos la posesión es de mala fe en la medida que se sabe que el terreno ocupado es "de otro" (arts. 1916, 1918, 1919, 1920 y cctes. Cód. Civ. y Comercial).

Es cierto que la posesión no es de buena fe si el sujeto de la relación de poder no conoce o no puede

conocer que carece de derecho y en virtud de un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad (art. 1918 Cód. Civ. y Comercial), y el Sr. Pastrana declaró que el intendente municipal de 1992 le entregó el lote a su esposa. Reitero que las "declaraciones" de las partes no pueden "sumar" hechos que no han sido vertidos en los escritos constitutivos del proceso. Es que si se acepta tal tesitura (violando el Código Procesal y los principios elementales del proceso civil) habría que admitir también —so pena de incurrir en violación del tratamiento igualitario de las partes en el proceso— la "declaración" de la demandada en la audiencia de vista de causa en cuanto a que, luego de pedir un informe de dominio, habló con el intendente quien la autorizó a ocupar el lote (conf. aud. videograbada).

No es una novedad que los intendentes o concejales municipales "entregan" o "autorizan" la ocupación de lotes de terreno abandonados, pero, reitero, no tienen competencia constitucional o legal para hacerlo. En el caso de autos, la alternativa es de hierro: o ambas posesiones declamadas son de mala fe, o ambas son de buena fe (si se admite que las partes pudieron entender que el intendente tenía atribuciones para autorizarlos a ocupar el lote y se pasa por alto el obstáculo de aceptar "declaraciones" de las partes no alegadas en la traba de la litis).

Por ello está fuera de lugar la contraposición que la sentencia hace entre la posesión del actor y la ocupación de mala fe de la demandada. Por otro lado no se entiende la afirmación de que la ejercida por Barroso es de ese tipo por deberse a un "comportamiento de índole clandestino". La clandestinidad es una de las formas de adquirir la posesión (obviamente de mala fe o posesión viciosa, art. 1921 Cód. Civ. y Comercial). El sentenciante dice que la clandestinidad se asocia con la precaución de que no se exteriorice la toma de la posesión para que no llegue a conocimiento de terceros. Y me pregunto: ¿cómo no va a llegar a ser conocido por terceros que en un terreno —alambrado o no— haya gente cortando el pasto, instalando una casilla de madera, viviendo ahí (basta ver las fotos para advertir que necesariamente sus ocupantes tienen que circular por afuera), con luz eléctrica, etc.? ¿Acaso los vecinos podrían no ver nada?

Aún admitiendo que el actor probó (por vía de los testigos y con los certificados de fs. 16/17) que era poseedor del lote con anterioridad a que lo ocupara la demandada con su familia, entiendo que esta también probó "*prima facie*" su carácter de poseedora. Es cierto que los testigos no fueron muy precisos, pero lo suficiente como para que pueda darse por acreditado que mucho antes de que el actor advirtiera que el terreno estaba ocupado, ella y su familia habían comenzado a ejercer actos posesorios. En todo caso tan imprecisos como los testigos ofrecidos por el actor, que fueron de una gran vaguedad (art. 456 CPC).

En efecto, la audiencia de oralidad se llevó a cabo el 16/12/2019 (fs. 109) y la demanda se interpuso el 26/03/2019. La testigo Ana Rocío Lemos, vecina de enfrente, dijo que hacía dos años que la demandada vivía ahí, que nadie vivía antes en ese lugar, que no estaba alambrado, que Cintia lo alambró, que antes era un pastizal, que colocaron una casilla que no tiene baño pero sí luz y que nunca lo había visto a Pastrana. La testigo M. R. M., también vecina de enfrente, expresó que Cintia estaba en el terreno hacía más o menos dos años, que antes no estaba alambrado ni tenía mantenimiento, y que actualmente hay una casilla y el terreno está limpio. Ambas declaraciones son corroboradas por la testigo Z. A. A., quien dijo que vivía a tres cuadras, que "ese" terreno siempre estuvo baldío, sin alambrado, sin limpieza ni cortado el pasto, que Barroso hacía dos años que vivía ahí con su marido y su hija, que lo limpiaron, alambraron y pusieron una casilla.

Es cierto que la demandada al declarar dijo que, cuando hacía seis meses que estaba ahí viviendo, "vino un montón de gente", "el señor con su hija" y le dijeron que saliera del terreno y fueron a la comisaría donde se labró un acta. Si se tiene en cuenta que se refiere al acta de fs. 12, es de fecha 26/02/2019, pero al respecto caben dos observaciones. Del contexto de la declaración surge que los seis meses pueden referirse al momento en que se instaló con su familia a vivir en la casilla de madera, y los actos posesorios (alumbramiento, limpieza, corte del pasto) pueden haber sido anteriores. En segundo lugar advierto que ya en septiembre de 2017 pidió informe de dominio sobre la propiedad (fs. 44/50), en mayo de 2018 solicitó informe sobre la deuda municipal (fs. 50/51) y el cambio de destinatario (fs. 52). A su vez, el ticket de EDENOR de fs. 38 es del 17/07/2018.

Los testigos ofrecido por el actor dan cuenta de que a principios de los años 90 habría comenzado a poseer el terreno; dos de ellos (A. y G.) dijeron que lo había alambrado y limpiado pero con gran imprecisión en cuanto al momento y las circunstancias, y que el año pasado vieron que habían ocupado o "usurpado" el terreno. En realidad no se contraponen abiertamente con los dichos de la demandada y los testigos antes mencionados. Las dudas aparecen en relación al comienzo de los actos posesorios de la accionada. Aparentemente lo que ocurrió es que el actor dejó por un tiempo de limpiar el terreno o cortarle el pasto, y la demandada, que vivía en el lote de al lado con su padre, previo a averiguar sobre la titularidad dominial, decidió ocuparlo para vivir, instalando ahí una casilla y obteniendo la instalación de luz eléctrica. Es decir,

"privó" al actor de la posesión pasando a poseer ella (art. 1931 inc. b) Cód. Civ. y Comercial), lo que entiendo probado *prima facie*.

En estas condiciones, no siendo el desalojo la vía para dilucidar controversias sobre el mejor derecho a la posesión (conforme a jurisprudencia arriba citada), la sentencia apelada debe revocarse, y rechazarse la demanda.

V. Costas.

Si mi voto es compartido, las costas en ambas instancias deben ser a cargo del accionante vencido (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Etchegaray* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Ibarlucía*. Solamente dejo a salvo mi opinión en cuanto no es necesaria la calidad de propietario del inmueble para acciones de desalojo por intrusión conforme doctrina de la SCBA y opiniones doctrinarias (Alvarez Alonso, Salvador, "El Desalojo por intrusión, precario, comodato y usucapión", Abeledo-Perrot, 1966, p. 86).

Voto por la negativa.

2ª cuestión. — El doctor *Ibarlucía* dijo:

Visto el acuerdo logrado al votarse la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es: Revocar la sentencia apelada y en consecuencia rechazar la demanda promovida, con costas en ambas instancias a la parte actora.

Así lo voto.

El doctor *Etchegaray*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser revocada.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, se resuelve: revocar la sentencia apelada y en consecuencia rechazar la demanda promovida, con costas en ambas instancias a la parte actora. Notifíquese por medios electrónicos (conf. Res. del Presidente de la SCBA N° 10/2020, Res. SCBA 480/2020 y sus sucesivas prórrogas, AC 4013/2021 y AC 4023/2021) y devuélvase. — *Emilio A. Ibarlucía*. — *Tomás M. Etchegaray*.

Algunas precisiones sobre la acción de desalojo por intrusión, la posesión *prima facie* y la posesión ilegítima de mala fe

Florencia Rodríguez Nasuti [(*)]

Sumario: I. Introducción.— II. La sentencia de primera instancia.— III. Ejes centrales de discusión en la sentencia de la Cámara.— IV. Consideraciones finales.

I. Introducción

La Sala I de la Excma. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Mercedes, Provincia de Buenos Aires revocó la sentencia dictada por el juez de instancia anterior quien había hecho lugar a la demanda de desalojo por intrusión e impuso costas en ambas instancias a cargo del accionante vencido, al considerar que no era la vía del desalojo la idónea para dilucidar controversias en donde se discute acerca del mejor derecho a la posesión, atento que la demandada probó durante el proceso su carácter de poseedora *prima facie* de dicho inmueble.

II. La sentencia de primera instancia

El actor interpuso demanda de desalojo por intrusión en contra de la demandada, invocando su carácter de poseedor del inmueble, continuador de la posesión que estaba en cabeza de su cónyuge, como heredero forzoso. El juez de grado consideró probada la "vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote", a partir de las pruebas testimoniales ofrecidas y certificados aportados por el actor.

Con respecto a la demandada, si bien ella invocó su carácter de poseedora de dicho lote, el juez entendió que no probó *prima facie* su posesión, sino que se trataría de una mera intrusa, quien interrumpió dicha vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote, al instalar una casilla de madera en circunstancias que consideró asimilables a un comportamiento clandestino, al intentar evitar que se exteriorice su ocupación o que no llegue a conocimiento de quienes se podrían oponer, lo cual condujo a la configuración de la obligación exigible de restituir en favor del actor.

III. Ejes centrales de discusión en la sentencia de la Cámara

La sentencia dictada por la Cámara, a través de la cual se revoca la dictada por el juez de primera instancia, por un lado, cuestiona la vía escogida por el actor para intentar lograr la restitución del uso y goce de la cosa, ya que sostiene que cuando se acciona por desalojo por intrusión invocando la condición de poseedor, en principio, se debe seguir la vía de la acción posesoria de despojo, porque se corre el riesgo de que el demandado invoque y acredite *prima facie* el carácter de poseedor. Como la discusión versaría entre dos poseedores, no podría ser resuelta a través de un juicio de desalojo y debería adoptarse una acción de despojo.

(*) Abogada (Universidad Nacional de Córdoba —UNC—). Magíster en Derecho y Argumentación (Facultad de Derecho, UNC). Becaria doctoral de CONICET. Doctoranda en Derecho (Facultad de Derecho, UNC). Adscripta por orden de mérito en Derecho Privado V (Derechos Reales) (Facultad de Derecho, UNC).

Por otro lado, hace referencia a la forma en que debería ser considerada la posesión del actor y de la demandada, si se tiene en miras cuál es el origen de la posesión en ambos casos, al sostener las partes que ocuparon el inmueble de propiedad privada de un particular a partir de una autorización concedida por parte del intendente del lugar en el que se ubica el inmueble. En tal sentido, la Cámara critica la contraposición que realiza la sentencia del juez de primer grado entre la posesión de buena fe del actor (y la calificación que realiza de ella como "vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote") y la ocupación de mala fe de la demandada. A su vez, en el caso de la demandada, también discute que el juez de primera instancia considere su ocupación de mala fe por fundarse en un comportamiento clandestino, ya que, por el tipo de actos realizados, ellos se exteriorizaron de modo tal que son o pueden ser conocidos por quien tiene derecho a oponerse a ellos.

III.1. Acción de desalojo por intrusión, posesión prima facie *y actos posesorios*

La acción de desalojo, tal como es regulada en los distintos Códigos Procesales Civiles y Comerciales (de la Nación, arts. 679 y ss., el de Buenos Aires, arts. 676 y ss., el de Córdoba, arts. 750 y ss.), persigue la restitución del uso y goce de la cosa, la cual está ocupada por quien carece de título para ello. Los legitimados activos de esta acción serán todas aquellas personas que tengan derecho de usar y gozar el bien, tales como el dueño, el poseedor, el locador, el usufructuario, el locatario principal, el comodante o quien tenga tal derecho por cualquier otra causa legítima. Mientras que los legitimados pasivos serán el locatario, el sublocatario, el tenedor precario, el *intruso*, o cualquier otro ocupante, cuya obligación de restituir o entregar sea exigible. Es decir, que se podrá interponer contra tenedores que reconocen en otra persona la titularidad del dominio, pero no contra quien posee *animus domini* **(1)**.

Este apartado se centrará en el supuesto en que la acción de desalojo tenga como legitimado pasivo a un *intruso*, como sucede en la sentencia bajo estudio. Si bien no hay una definición legal de intruso, la jurisprudencia y la doctrina han entendido que se trata de un tenedor sin ánimo de dueño que no ha recibido la cosa por parte de nadie, es decir, que no se le ha hecho tradición de ella, por lo que detenta el inmueble por un acto unilateral suyo y cuya ocupación es circunstancial y transitoria y se logra con desconocimiento por parte del dueño o poseedor o simple tenedor **(2)**.

En el caso de autos, el actor, al incoar la acción, afirmó que la demandada revestía la calidad de mera intrusa, ya que decidió ocupar el terreno del que él es poseedor, sin su permiso, y construir allí una casilla con tarimas de madera. Frente a la afirmación del actor, la demandada sostuvo que ella es poseedora del inmueble en el que vive. Sostuvo que hacía aproximadamente dos años que había ingresado al lote (con su esposo e hijo), que luego de hacerlo había pedido un informe de dominio al Registro de la Propiedad del cual "surgieron cinco titulares registrales, quienes, por sus fechas de nacimiento era imposible que estuvieran con vida, razón por la cual afianzaron la posesión con ánimo de dueño y prosiguieron la construcción de la vivienda" y la realización de otros actos posesorios, como el cercado del lote y la instalación de luz eléctrica.

Como en los juicios de desalojo no pueden debatirse y dilucidarse cuestiones relativas a derechos posesorios y al mejor derecho a la posesión, ya que exceden la finalidad que ellos persiguen, a fin de evitar que la mera alegación de la condición de poseedora de la parte demandada enerve la acción de desalojo interpuesta y, en consecuencia, sea una simple maniobra para demorar la entrega del inmueble, es

(1) CNCiv., sala B, "Baigorri, Evangelina c/ Arias, Laura Mónica y Otros/ Desalojo: otras causales", 31/08/2017.

(2) En esta línea, puede verse PALACIO, L. E., "Manual de Derecho Procesal Civil", Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, 14ª ed., ps. 855-856; Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia del Departamento Judicial de la Matanza, Sala Primera, "Zaiacometti Lorenzo Jorge y Otro/a c/ Ulezyr Carlos y Otro/a s/ Desalojo (Excepto por Falta de Pago)", 15/04/2021; Cámara Séptima de Apelaciones en lo Civil y Comercial, "Mena, Marta Graciela y Otros c/ Banegas, Claudio Manuel y Otro — Desalojo — Otras Causas — Recurso De Apelación (Expte. N° 490.740/36)", 09/11/2010; Cámara 3a de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Minas, de Paz y Tributaria de Mendoza, "Bocchini, Alberto y otro c. Núñez, Marisa Carla s/ desalojo (con excel. contr. alq.)", 02/07/2014.

que se exige que quien la invoque deba probar *prima facie* dicha condición **(3)**. En el caso de que esto quede probado, no puede considerarse a esa persona como deudora de una obligación exigible de restituir **(4)**.

Ahora bien, ¿a qué se hace referencia cuando se habla de probar su carácter de poseedora *prima facie* en este tipo de procesos?

Probar *prima facie* dicho carácter implica acreditar mediante indicios serios la existencia de la posesión. La mera ocupación del inmueble no muestra por sí sola la posesión invocada, porque puede responder tanto a tenencia como a posesión, ya que en ambos casos existe una relación de poder con la cosa, donde la única diferencia es que, en el segundo caso, la persona lo hace con la intención de comportarse como dueña **(5)**.

Por lo tanto, se debe generar en el ánimo del juzgador el convencimiento acerca de la verosimilitud del derecho invocado, sin que sea necesario ingresar a la discusión acerca de la cuestión posesoria **(6)**. Esto significa que será suficiente con que las probanzas aportadas demuestren la existencia de ciertos actos posesorios, aun cuando no impliquen una prueba plena de su derecho como poseedora. De esta manera, puede suceder que la persona que logró repeler una acción de desalojo al demostrar su posesión *prima facie*, luego no reúna los elementos suficientes para repeler una acción reivindicatoria o fundar una usucapión, lo que deberá ser analizado por las vías correspondientes, al tratarse de procesos de mayor amplitud de conocimiento y prueba **(7)**.

En el supuesto de autos, la Cámara concluye, en base a los elementos probatorios ofrecidos, que es posible dar por acreditada *prima facie* la calidad de poseedora, en virtud de los *actos posesorios* realizados por ella: la ocupación del lote hacía aproximadamente dos años, la construcción de una casilla en él, la instalación de luz eléctrica, la colocación de alambrados y su desmalezamiento y limpieza, a diferencia de lo que sucedía de manera previa, en que dicho lote se encontraba baldío, sin alambrar y sin mantenimiento, de acuerdo con los testimonios ofrecidos. Además, como apoyo a dichas pruebas, se consideró la solicitud de informe sobre deuda municipal y la solicitud de cambio de destinatario de la tasa municipal, los cuales pueden ser tomados como muestras del ánimo de poseer.

Si bien en el Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com.), como sucedía con el Código Civil de Vélez Sarsfield, no se ofrece una definición de los actos posesorios, sino que meramente se realiza una enumeración no taxativa de ellos (art. 1928), puede darse la siguiente elaborada por Ventura, quien sostiene que se trata de hechos *voluntarios* que producen una *modificación física* sobre la cosa supuestamente poseída y que permite llegar al convencimiento de haber estado en *contacto* con

(3) En esta línea, es que la jurisprudencia tiene dicho que "la alegación no basta, pues no pasa de ser una expresión de deseos unilateral y —como tal— manifiestamente insuficiente para contrarrestar la acción de desalojo ejercida por quien ha acreditado su derecho a la restitución de la cosa" (Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Séptima Nominación de Córdoba, "Cheble Alfredo Del Valle c/ González Saúl Alberto -Desalojo- por vencimiento de término- Expte. Nº 1685650/36", 01/11/2011). Puede consultarle también Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, "González, Leonardo Martin c/ Mañez Ramiro -Recurso Directo (Expte 6242322)", 3/10/2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación de Córdoba, "Rodríguez, Marta Raquel y Otros c/ García, Carlos Alberto. Desalojo- Comodato Tenencia Precaria", 03/09/2018.

(4) SC Buenos Aires, "Acuerdos y Sentencias", 05/10/2011, C 107.959.

(5) Cámara Apelaciones en lo Civil y Comercial de Séptima Nominación de Córdoba, "Cheble Alfredo Del Valle c/ González Saúl Alberto -Desalojo- por vencimiento de término- Expte. Nº 1685650/36", 1/11/2011.

(6) Tribunal Superior de Justicia de la Provincia de Córdoba, Sala Civil y Comercial, "González, Leonardo Martin c/ Mañez Ramiro Recurso Directo (Expte 6242322)", 3/10/2017; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Segunda Nominación de Córdoba, "Rodríguez, Marta Raquel y Otros c/ García, Carlos Alberto. Desalojo- Comodato Tenencia Precaria. Expte. N° 5871551", 03/.09/2018

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Séptima Nominación de Córdoba, "Ferreyra Abelardo Rodolfo c/ De Tobillas Adriana Vanesa Desalojo-Comodato-Tenencia Precaria Expte. N ° 2341636/36", 16/08/2016, Sentencia 62; SC Buenos Aires, Acuerdo 44224 S 28/5/1991, A y S 1991-I-863.

ella con *ánimo de dueño* **(8)**. A continuación, se seguirá la descripción realizada por el autor con respecto a cada uno de estos elementos.

Tal como surge de la definición ofrecida, es necesario que exista un obrar *voluntario* por parte de quien lo realiza, con pleno uso de sus facultades, que intente realizar la acción intentada y que no resulte meramente como consecuencia de otra acción, como, por ejemplo, la rotura del alambrado con motivo de un accidente automovilístico.

Además, debe tratarse de una *modificación física*, es decir que la cosa debe sufrir "un cambio ostensible", perceptible por los sentidos, como, por ejemplo, el deslinde, la construcción, la reparación o la demolición en un inmueble. Tal como destaca Ventura, se exige que la posesión se exteriorice a través de situaciones fácticas al tratarse ella misma de un hecho. En efecto, el Cód. Civ. y Com. zanja la histórica discusión existente en torno a cómo considerar la posesión: como derecho o como hecho, acogiendo esta última posición, la cual se corresponde con la postura prácticamente unánime de la doctrina en tal sentido. Así, el art. 1909 del Cód. Civ. y Com. sostiene que "hay posesión cuando una persona, por sí o por medio de otra, ejerce un *poder de hecho* sobre una cosa, comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no".

Como es necesario que exista una modificación física sobre la cosa, es que no podrá considerarse tal al pago de los impuestos o tasas, sino que ellos, en algunos casos, serán tomados como muestra del ánimo de poseer, tal como lo tiene dicho la jurisprudencia y la doctrina. En efecto, solo sirven como prueba del *animus domini* ya que no dan cuenta del corpus, es decir, que la persona tenga la cosa bajo su poder, ya que ella, por ejemplo, podría estar pagándolos y viviendo fuera del país y que otra persona esté poseyendo la cosa con ánimo de dueño en su ausencia.

En esta línea, se ha expresado que "el cumplimiento de las obligaciones tributarias y el pago de los servicios solo puede llegar a constituir una exteriorización del *animus domini* del supuesto poseedor, configurando, por tanto, un elemento probatorio concurrente o complementario; que necesariamente habrá de integrarse con otras probanzas a fin de crear la convicción judicial sobre la existencia de la posesión invocada" **(9)** y que "el pago de los impuestos tiene un valor meramente complementario de otras probanzas a los fines de acreditar los actos posesorios invocados" **(10)**.

Asimismo, es necesario que exista un *contacto* con la cosa, ya que de ese modo quedará configurado el elemento *corpus* de la posesión, exigido en el art. 1909 del Cód. Civ. y Com., recién comentado, al hablar de poder de hecho. Dicho contacto puede ser por sí o a través de otra persona, como, por ejemplo, los empleados del poseedor que comiencen la construcción de una obra en el lugar. A su vez, se entiende que el contacto no es necesario que recaiga sobre la totalidad de la cosa, por ello es por lo que, en caso de que se trate de un inmueble que se encuentre alambrado o delimitado de alguna forma física, se considerará que el acto posesorio recae sobre la totalidad de este.

Por último, se requiere que al momento de ejercitar un acto posesorio lo haga con *ánimo de dueño* (comportándose como titular de un derecho real, lo sea o no), ya que como el acto posesorio sirve como prueba de la posesión, es que resulta necesario que comparta los elementos que a ella la caracterizan **(11)**.

Como surge claro a partir de la descripción realizada, las acciones desplegadas por la de-

(8) VENTURA, G., "Nota a Fallo. Conceptualización de los Actos Posesorios", Revista Notarial, 1991, 1 , ps. 3-6. Disponible en http://escribanos.org.ar/rnotarial/wp-content/uploads/2015/07/RNCba-61-1991-12-Jurisprudencia.pdf. Consultado el día 26/09/2021 y VENTURA, G., "La posesión en el ámbito notarial según la regulación en el Código Civil y Comercial", Academia Nacional de Derecho y Cs. Sociales de Córdoba, 2020, ps. 38-41. Disponible en http://secretarias.unc.edu.ar/academ/doctrina/la-posesion-en-el-ambito-notarial-segun-la-regulacion-en-el-codigo-civil-y-comercial. Consultado el día 26/09/2021.

(9) CS Tucumán, "Mamani, Carlos Alberto s. Prescripción adquisitiva", 28/03/2001.

(10) SC Buenos Aires, 6/2/79, DJBA, 116-349.

(11) CS, "Estado Nacional - Ministerio del Interior vs. Provincia de Buenos Aires s. Usucapión", 27/09/2005; Cámara Civil y Comercial de Bahía Blanca, Sala II, "Estaye, Carlos Alberto vs. Villarino, José Guillermo s. Usucapión", 28/11/2003.

mandada en el caso de autos —la ocupación del terreno, la construcción de la casilla, el cercado del terreno, su desmalezamiento y su limpieza y la instalación de la luz eléctrica— se tratan de actos materiales, es decir, de actos posesorios, al recaer sobre la cosa, significar una modificación en ella **(12)**, ser realizados de manera voluntaria y con ánimo de dueña. La prueba de ellos es suficiente para dar por acreditado el carácter *prima facie* de poseedora de la demandada, quien privó al actor de la posesión pasando a poseer ella (art. 1931, inc. b del Cód. Civ. y Com.). En base a estas razones es que resulta acertada la decisión de la Cámara de rechazar la demanda de desalojo interpuesta por el actor.

III.2. Clasificación de la posesión: ocupación de inmuebles privados a partir de autorizaciones municipales

El Cód. Civ. y Com. realiza tres clasificaciones de la posesión de acuerdo con las siguientes pautas **(13)**: en primer lugar, según su origen o causa, la posesión puede ser legítima o ilegítima. La diferencia es que la primera importa el ejercicio de un derecho real constituido de conformidad con las previsiones de la ley, mientras que la segunda no importa dicho ejercicio (art. 1916 del Cód. Civ. y Com.).

En segundo lugar, según las condiciones personales del poseedor, la posesión ilegítima puede ser, a su vez, de buena fe o de mala fe (arts. 1918, 1919 y 1920 del Cód. Civ. y Com.). En los términos del art. 1918 del Cód. Civ. y Com., "el sujeto de la relación de poder es de buena fe si no conoce ni puede conocer que carece de derecho, es decir, cuando por un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad" **(14)**. Por su parte, si bien el Cód. Civ. y Com. no ofrece una definición de la posesión ilegítima de mala fe, ella se define por exclusión, es decir que existe en todos aquellos casos en que falta la buena fe.

La buena fe en materia posesoria es la buena fe creencia, la cual se relaciona con la convicción sobre la legitimidad de un derecho. Ella se diferencia de la buena fe probidad, la que se refiere a la lealtad y probidad que las personas deben tener en sus relaciones jurídicas, especialmente en los contratos, y en el ejercicio de sus derechos, regulada en los arts. 9° y 961 del Cód. Civ. y Com.

Tal como señala Mariani de Vidal, la buena fe significa que el poseedor crea, sin ninguna duda, que la persona que le transmitió la posesión era titular del derecho o tenía capacidad para constituirlo o transmitirlo **(15)**. Es decir, que el poseedor no sabía o no podía saber que el transmitente no tenía la posesión o bien no tenía derecho a transmitirla. Por lo tanto, esa persona está persuadida de estar ejerciendo una relación de poder legítima en base a un error de hecho, esencial y excusable.

Se trata de un error de hecho esencial, por lo que versa sobre la legitimidad de la relación de poder, y excusable, es decir que, pese a que ha desplegado la debida diligencia, no pudo salir de dicho error **(16)**, por lo que ha habido razón para errar (tal como expresaba el art. 929 del Código Civil de Vélez Sarsfield). Por ejemplo, en el caso de una enajenación realizada por una persona que no era propietaria de la cosa, cuando quien adquiere cuenta con un título que en apariencia no presenta irregularidades, la ley admite que sea considerado de buena fe, ya que su ignorancia puede ser justificada, en caso de que haya actuado de manera diligente **(17)**. Al hacer referencia la norma solo al "error de hecho",

(12) En esta línea, MARIANI DE VIDAL, M., "La defensa de la posesión y la tenencia en el Código Civil y Comercial de la Nación", Revista Argentina de Derecho Civil, 2018, 2. Disponible en https://ar.ijeditores.com/articulos.php?Hash=e0d09a1bd60fa96b748806d11a5d8284&hash_t=19f8c85253d5be808a25e8de84a92ba8. Consultado el día 27/09/2021.

(13) KIPER, C., "Tratado de los Derechos Reales", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2016, 1ª ed., p. 125.

(14) Además, en el art. 1902 segunda parte del Cód. Civ. y Com., relativo a la prescripción adquisitiva breve, se expresa que "la buena fe requerida en la relación posesoria consiste en no haber conocido ni podido conocer la falta de derecho a ella".

(15) MARIANI DE VIDAL, M., "Curso de Derechos Reales", Ed. Zavalía, Buenos Aires, 1998, 5ª ed., t. I, p. 155. Véase también la nota al art. 4006 del Código Civil de Vélez Sarsfield.

(16) ALTERINI, J. (Dir. General), COSSARI, N. (Dir. del tomo), "Código Civil y Comercial comentado. Tratado Exegético", La Ley, Buenos Aires, 2016, 2ª ed., tomo IX, p. 200; KIPER, C., ob. cit., ps. 127-129.

(17) KIPER, C., ob. cit., ps. 127-128.

esto significa que se excluye el error de derecho, el cual recae sobre el alcance, la existencia o la vigencia de las normas jurídicas **(18)**.

Por último, de acuerdo con la forma en que haya sido adquirida, la posesión ilegítima de mala fe se subclasifica en viciosa y no viciosa (simple) (art. 1921 del Cód. Civ. y Com.). Será viciosa en relación con cosas muebles, cuando haya sido adquirida por hurto, estafa, o abuso de confianza y cuando es de inmuebles, adquiridos por violencia, clandestinidad, o abuso de confianza **(19)**. Será no viciosa (simple) cuando no se presenten estos vicios en el momento de su adquisición.

¿De qué tipo es la posesión que tienen el actor y la demandada en el caso de autos? Esta cuestión fue abordada por la Cámara, quien criticó la contraposición que realiza la sentencia del juez de primer grado entre la ocupación de mala fe de la demandada y la posesión de buena fe del actor, además de cuestionar la forma en que hace referencia a esta última, como una "vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote", sin explicar por qué lo califica de ese modo, en vez de hablar de su carácter de poseedor con ánimo de dueño (el cual no requiere de buena fe, art. 1909 del Cód. Civ. y Com.), que es la calificación técnica correcta, de acuerdo con el ordenamiento jurídico.

En el caso del actor, en su demanda, reconoció que no era titular dominial del inmueble, sino continuador de la posesión que estaba en cabeza de su esposa, como heredero forzoso, y sostuvo que ella había sido poseedora "mediante una causa lícita". En su declaración en la audiencia de vista de causa ante el juez de grado, indicó que el intendente había cedido dicho inmueble a su esposa en 1992 por 20 años y que se había firmado una "declaración jurada" (aunque no aportó ninguna prueba en tal sentido).

En el caso de la demandada, en su contestación de demanda afirmó que ingresó al lote y luego solicitó informe de dominio al Registro de la Propiedad, de donde surgió que los titulares registrales, por sus fechas de nacimiento, era imposible que estuviesen vivos, por lo cual afianzó su posesión allí con ánimo de dueña. En su declaración en la audiencia de vista de causa, agregó que, luego de pedir el informe de dominio, habló con el intendente, quien la autorizó a ocupar el lote.

A partir de lo expuesto, puede sostenerse que, en virtud de que el origen de la posesión, tanto en el caso del actor como de la demandada, fue la ocupación del inmueble de propiedad privada de particulares sin una causa que dé lugar a la posesión legítima, se trata de una posesión ilegítima. Con respecto a las condiciones personales de los poseedores, la posesión ilegítima será de mala fe, ya que en ambos casos conocen o pueden conocer que carecen de derecho para ocupar dicho inmueble y no podría decirse que están persuadidos de estar ejerciendo una relación de poder legítima, ya que no podrían alegar la existencia de un error de hecho, esencial y excusable.

La posición descripta es la que adopta la Cámara, la que, a su vez, hace referencia a lo expresado por las partes en relación con la autorización que sostienen les fue concedida por el intendente municipal para que ocupen dicho inmueble. Más allá de la cuestión procesal que destaca la Cámara, acerca de la imposibilidad de aceptar las declaraciones de las partes no alegadas en la traba de la litis (ya que dichas expresiones fueron realizadas en la audiencia de vista de causa), se resalta esta cuestión a fin de criticar los errores en la *argumentación* efectuada por el juez de primer grado, quien no debió efectuar el contraste entre una posesión de buena fe por parte del actor y una ocupación de mala fe por parte de la demandada, sino que, en ambos casos, debió considerarlas de mala fe.

Así, de la sentencia del juez de primera instancia parece surgir que, en el caso del actor, toma sus declaraciones en la audiencia de vista de causa y en base a ellas considera su posesión como de buena fe, mientras que, en el caso de la demandada, las descarta, cuando en ambos casos afirman que fue el intendente el que los autorizó a ocupar el inmueble. Por esto es por lo que, a fin de que no resulte inconsistente su posición, la conclusión a la que debió haber

(18) CARAMELO, G., PICASSO, S. HERRERA, M., "Código Civil y Comercial de la Nación comentado", Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 437.

(19) Por razones de brevedad, en el próximo apartado de este trabajo sólo se hará referencia al vicio de la clandestinidad, al ser éste el único vicio objeto de discusión en el fallo comentado.

llegado es que, o bien ambas posesiones son de mala fe (como en efecto lo son), o bien son de buena fe, "si se admite que las partes pudieron entender que el intendente tenía atribuciones para autorizarlos a ocupar el lote", aunque considerarla de esta última forma sería equivocado desde el punto de vista legal, por las razones que se comentan a continuación.

Tal como sostiene la Cámara, si bien los intendentes o concejales municipales, de hecho, entregan o autorizan la ocupación de lotes de terreno abandonados, no tienen competencia constitucional o legal para hacerlo. Por lo tanto, tratándose de inmuebles que están registrados a nombre de particulares, ellos no podrían ceder tales inmuebles a terceras personas. De allí que la ocupación que realizan esas personas en base a la "autorización" concedida por un intendente o concejal es tan ilegítima como si hubiesen "ocupado el inmueble directamente sin anuencia de funcionario público alguno".

Por lo tanto, aun en el caso de que quien es autorizado a ocupar un inmueble por parte del intendente municipal del lugar esté persuadido de que esta persona tiene la competencia constitucional o legal de hacerlo, eso no implica que su posesión pueda considerarse de buena fe, dado que solo un error de derecho podría llevar a creer esto, el cual, como se indicó más arriba, versa sobre las normas legales genéricas aplicables al caso **(20)**, que aquí se tratarían de aquellas que determinan quién está legitimado a transferir derechos sobre un inmueble.

No podría creerse, entonces, que es válido lo que por derecho no tiene entidad como para crear, transmitir o extinguir derechos sobre la cosa, como es la autorización realizada de manera unilateral por una autoridad pública de ocupar un inmueble de propiedad privada de particulares. En consecuencia, como error de derecho de que se trata, es inadmisible e inexcusable.

III.3. Posesión ilegítima de mala fe viciosa: vicio de la clandestinidad

Tal como se indicó en el apartado anterior, la posesión de mala fe, a su vez, puede clasificarse en mala fe no viciosa (simple) y viciosa. Uno de los vicios en la adquisición es el de la clandestinidad. Para que ella exista, la posesión no debe ser ostensible respecto del poseedor anterior. Es decir, que los actos mediante los cuales se adquiere deben ser ocultos, verificarse en ausencia del poseedor o adoptando precauciones para sustraerla del conocimiento de quien tiene derecho a oponerse a la ocupación **(21)**.

En esta línea, tal como explicaba el Código Civil de Vélez Sarsfield en la nota al art. 2479, para que una posesión sea pública (a diferencia de clandestina) basta con que el propietario haya podido conocerla, es decir, que no requiere que efectivamente sea conocida por esa persona. En tal sentido, es que también señalaba que los actos posesorios son considerados públicos o clandestinos en base más bien a la facilidad con que cada persona puede conocerlos y no en relación con el número de testigos que los han presenciado **(22)**.

Asimismo, para que sea posible sostener que quien tiene derecho a oponerse no pudo conocer los actos mediante los cuales otra persona adquiere la posesión del bien, se requiere que haya actuado de manera diligente y que su desconocimiento no responda a su mera negligencia. De allí que la jurisprudencia tiene dicho que la clandestinidad en la posesión "depende más que de la publicidad frente a terceros, del desconocimiento del perjudicado, en tanto y en cuanto este hubiere obrado con la debida diligencia" **(23)**.

(20) CNCiv., sala J, "R., J. C. vs. C. V., M. J. s. Nulidad", 07/06/2016.

(21) CNCiv., sala H, "Polynyuk, Mykola vs. Consorcio de Propietarios Sarmiento 2540/44 s. Interdicto", 25/02/2016; CNCiv., sala A, JA, 1998, III; SC Buenos Aires, 3/10/44, LA LEY 36-725; Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial, Sala II, Posadas, "M. J. L. vs. M., M. del C. s. Interdicto de recobrar", 24/04/1995.

(22) Cámara de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Primera Nominación de Córdoba, "Garbero, Miguel Antonio y Otro c/ Ruiz, Inés María y Otro - Acciones posesorias/reales - Reivindicación - Recurso de apelación. Expte Nº 1435851/3", 26/08/2010.

(23) CNCiv., sala H, "Polynyuk, Mykola vs. Consorcio de Propietarios Sarmiento 2540/44 s. Interdicto", 25/02/2016; Véase también COLOMBO, C., KIPER, C., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación", La Ley, Buenos Aires, 2006, 2ª ed., t. VI, p. 46.

En el caso de autos, es llamativo el carácter supuestamente clandestino que el juez de primera instancia atribuye a la ocupación del inmueble por parte de la demandada, lo cual es criticado por la Cámara, al sostener que su comportamiento se asocia con la precaución de que no se exteriorice la ocupación o que no llegue a conocimiento de quienes se podrían oponer.

Coincidimos con la Cámara en su cuestionamiento, ya que los actos posesorios realizados por la demandada, considerados como fundamento probatorio de la calidad de poseedora *prima facie*, dan cuenta de actos que pueden ser fácilmente conocidos por aquellos que tienen derecho a oponerse, al no ser ni furtivos ni subrepticios, como son la construcción de una casilla, la instalación de la luz, el cercado del lote y su limpieza y desmalezamiento.

Por lo tanto, en la medida que el actor hubiese obrado con la debida diligencia, hubiese podido conocer desde el momento en que la demandada ingresó en el inmueble, la ocupación realizada por ella y los actos materiales que fue realizando a través del tiempo sobre la cosa, ya que su actuación no fue oculta ni disimulada. En efecto, surge claramente que la demandada no intentó sustraer estos hechos del conocimiento del actor, que era la persona que se consideraba con derecho a oponerse. De allí que su posesión no pueda ser considerada una posesión clandestina.

IV. Consideraciones finales

A partir del fallo de Cámara comentado, se pueden realizar las siguientes reflexiones finales:

1. Al momento de promover la acción de desalojo por intrusión, quien la incoa, en caso de ser poseedor, debe asegurarse de que aquella persona considerada intrusa no se trate de otro poseedor, porque si el demandado acredita su posesión *prima facie*, eso será suficiente para enervar dicha acción. Por ello es por lo que la vía más adecuada en ese supuesto, si quien la interpone es un poseedor, es la acción posesoria de despojo.

2. El carácter de poseedor *prima facie* se acredita a través de la existencia de ciertos actos posesorios, los cuales deben generar en el ánimo del juzgador el convencimiento acerca de la verosimilitud del derecho invocado, sin que sea necesario ingresar a la discusión acerca de la cuestión posesoria, lo cual será objeto de discusión a través de las vías correspondientes, al tratarse de procesos de mayor amplitud de conocimiento y prueba.

3. La posesión de bienes inmuebles abandonados de propiedad privada de particulares es ilegítima, cuando el origen de la posesión fue la ocupación del inmueble sin una causa que dé lugar a la posesión legítima y será de mala fe, cuando quien la realiza conoce o puede conocer que carece de derecho para ocupar dicho inmueble y no podría decirse que está persuadido de estar ejerciendo una relación de poder legítima, ya que no podría alegar la existencia de un error de hecho, esencial y excusable.

4. La clasificación de la posesión como ilegítima de mala fe en esos supuestos, no se modifica porque el poseedor manifieste que fue autorizado a ocupar el inmueble por parte del intendente municipal del lugar (como es usual que suceda en la práctica en nuestro país), quien no tiene la competencia constitucional o legal para hacerlo. Por ello es por lo que, aun cuando el poseedor, en ese caso, esté persuadido de que esta persona tiene está facultada para hacerlo, eso no implica que su posesión pueda considerarse de buena fe, dado que esto implica un error de derecho, el cual es inadmisible e inexcusable.

5. Para que la posesión sea considerada de mala fe viciosa por haberse adquirido por clandestinidad, ella no debe ser ostensible respecto del poseedor anterior. Es decir, que los actos mediante los cuales se adquiere deben ser ocultos, verificarse en ausencia del poseedor o adoptando precauciones para sustraerla del conocimiento de quien tiene derecho a oponerse a la ocupación. En el caso de que el poseedor haya realizado actos posesorios que pueden ser fácilmente conocidos por aquellos que tienen derecho a oponerse, como son la construcción de una casilla, la instalación de la luz, el cercamiento del lote y su limpieza y desmalezamiento, no puede considerarse que intentó sustraer estos hechos de su conocimiento.

SOCIEDADES

Doctrina

Stock options en *startups:* en la Argentina y los Estados Unidos (*)

Nicolás Malumián (**)

Mike Simmons (***)

Sumario: I. Introducción.— II. Conceptos fundamentales.— III. Ley de Mercado de Capitales y de Obligaciones Negociables.— IV. Ley General de Sociedades.— V. Plazo del *stock option.*— VI. Otros esquemas de remuneración vinculados a acciones.— VII. Derecho laboral argentino.— VIII. Aspectos fiscales y cambiarios argentinos.— IX. El derecho de los Estados Unidos.— X. Comentario final.

I. Introducción

En la práctica profesional hemos visto cómo las empresas, independientemente de su corta o larga trayectoria, buscan retribuir a sus empleados, directivos o proveedores fundamentales con acciones. Lo anterior tiene como objetivo alinear intereses entre (i) quienes hacen un aporte de su esfuerzo, tiempo y saber, por un lado; y por el otro lado (ii) la empresa que se verá beneficiada **(1)**. Estamos entonces ante una forma de hacer participar a los beneficiarios de los *stock options* del éxito de la empresa.

Si bien el alcance del presente artículo se enfoca en las *startups*, también cubriremos el caso de las compañías que ya han logrado la oferta pública de sus acciones.

Por los motivos que serán expuestos en las siguientes secciones podemos adelantar que, dada la rigidez del derecho societario, del Cód. Civ. y Com., de las normas del mercado de capitales, y del derecho laboral, la retribución en acciones bajo derecho argentino es excepcional y se encuentra sujeta a múltiples restricciones. Por el contrario, bajo el derecho estadounidense **(2)** existe una amplia libertad que facilita la estructuración de los *stock option plans*.

II. Conceptos fundamentales

El *stock option plan* es esquema según el cual, directivos, principales empleados y/o proveedores de la empresa son remunerados con opciones de compra de acciones de la empresa, que podrán ser ejercidas a un precio fijo en la medida en que se cumplan ciertas condiciones **(3)**.

(*) Los autores le agradecen a Juan Ramírez Oyhanarte por su ayuda con los aspectos fiscales de las opciones.

(**) Abogado y doctor en Derecho de la UBA; autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del *leasing,* fideicomisos y securitización, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(***) Abogado de la Universidad Torcuato Di Tella.

(1) La idea de un *stock option* a favor de quien no es empleado podría resultar extraña en la Argentina, pero es muy frecuente en los Estados Unidos que se retribuya aportes de importancia a terceros no empleados que son considerados fundamentales para el éxito de la compañía.

(2) Para una explicación de las *holdings* para *startups* en los Estados Unidos nos remitimos a: MALUMIÁN, Nicolás, "Vehículos legales de venture capital y private equity en la Argentina y los Estados Unidos", RDCO 307, 3, marzo-abril 2021.

(3) Se suele decir que es un *call option,* pero en rigor de verdad estamos ante un *warrant,* esto es, la opción de

Existe una serie de elementos que pueden configurarse para diseñar el plan que mejor se ajuste a los objetivos de la *startup*. Estos incluyen: (i) la cantidad total de acciones que podrá ser adquirida; (ii) el plazo que gatillará la posibilidad de ejercer las primeras opciones [suele ser un año y se denomina *cliff* **(4)**]; (iii) cuántas acciones podrán ser adquiridas luego de cumplido el *cliff* (usualmente el 25% del total); (iv) cuánto tiempo durará el plan (tal como ya dijimos el plazo tradicional es el de 1 año de *cliff*, al final del cual se pasa a tener derecho a ejercer la opción sobre el 25% de las acciones, y luego 3 años durante los cuales cada mes se pasa a tener derecho a ejercer una parte proporcional de las acciones restantes); (v) el plazo durante el cual luego de adquirido el derecho se podrá ejercer esta opción (suele durar hasta 9 años); y (vi) si este derecho se ve mejorado o perjudicado ante un evento de liquidez (esto es la fusión de la compañía, su compra por un tercero o la oferta pública inicial o IPO por sus siglas en inglés).

De los puntos mencionados, los derechos ante un evento de liquidez es el más delicados. En tal sentido, ante un evento de liquidez, podrían acordarse al menos tres situaciones completamente distintas. En primer lugar, podría pactarse que todos los *stock options* podrán ser ejercidas (esto es, se consideran "vesteadas", término sobre el cual volvemos más abajo). En segundo lugar, y en la otra punta del espectro de posibles soluciones, podría pactarse que los *stock options* en nada se alterarán y que por ende el empleado deberá cumplir con las mismas condiciones originales con su nuevo empleador o sociedad controlante. Por último, como alternativa intermedia, podría pactarse que el empleado podrá ejercer todos los *stock options* pendientes si fuera despedido. En todo caso, el comentario obvio es que esta situación debe estar prevista para evitar discusiones ante el momento de la transacción con el tercero. En el caso de IPO, la solución más habitual es la posibilidad de ejercer el total de los *stock options,* pero que existan restricciones, por cierto, plazo luego del IPO, a la venta de las acciones adquiridas.

La adquisición del derecho a ejercer la opción se denomina *vesting* y por ello en la jerga se habla de acciones "vesteadas", esto es, acciones sobre las cuales se ganó el derecho de adquirirlas. Asimismo, se puede pensar en otras condiciones que vayan más allá de la mera permanencia en el empleo. Por ejemplo, el cumplimiento de algún objetivo de la *startup* vinculado a monto mínimo de facturación, cantidad de clientes, retención de clientes, la obtención de ciertos resultados económicos, el ingreso de nuevas inversiones, o un conjunto de estas u otras. En cualquier caso, destacamos que las condiciones se basan principalmente en la permanencia del beneficiario en la empresa durante un cierto periodo de tiempo.

A diferencia de otros instrumentos usados en el mundo del *venture capital* **(5)**, no existe un documento estándar ampliamente aceptado de *stock option* que las *startups* puedan utilizar. En su particularidad, el *stock option* suele funcionar de la siguiente manera: A través de un aumento de capital, la sociedad emite nuevas acciones sociales que son adquiridas por los beneficiarios a un precio fijo acordado en el *stock option* plan. Existe entonces, el desafío de desarrollar un plan que sea al mismo tiempo constructivo para la empresa como para aquellos a los que está destinado. Si el *stock option plan* está bien diseñado y es exitoso, los beneficiarios podrán, en ocasión de ejercitar su opción de compra,

que la sociedad emita y entregue cierta cantidad de acciones. No es un tercero accionista que vende acciones sino la propiedad sociedad la que entrega sus acciones que se integran con el valor que aporta quien ejerce el *stock option.* Generalmente, en el Derecho Estadounidense estamos ante acciones autorizadas no emitidas y que el propio directorio ha reservado para el ejercicio de la opción. De hecho, cuando un nuevo inversor entra en la sociedad lo hace bajo el "fully diluted basis" (que traduciremos como de "plena disolución"), esto es, asumiendo que todos los tenedores de stock options han ejercido sus derechos y se han hecho de las acciones. De hecho, los inversores suelen exigir que se considere al menos un 10% de pool de acciones disponibles para futuros stock options. Para un análisis de los derivados en general nos remitimos a: MALUMIÁN, Nicolás, "Contratos Derivados (Futuros, Opciones y Swaps): Análisis legal y fiscal", La Ley, Buenos Aires, 2009, 2ª ed.

(4) *Cliff* literalmente se traduce del inglés al español como acantilado o precipicio.

(5) Se puede ver un comentario a los instrumentos de aportes de capital en: MALUMIÁN, Nicolás, "Aporte de fondos de venture capital en start-ups en la Argentina y los Estados Unidos (SAFE KISS)", RDCO, 309, 39, julio-agosto 2021.

vender a mejor precio las acciones adquiridas, o participar del capital social en calidad de socios.

Este mecanismo es muy útil en el ecosistema emprendedor porque facilita, una vez más, el ingreso de recursos humanos necesarios y estratégicos en una instancia en que la valuación, los ingresos o el desarrollo en general de la *startup* no lo permitirían. Esto da lugar al desarrollo creativo de estrategias de consolidación de equipo de trabajo en un equilibrio lógico entre el esfuerzo personal que se destina en la construcción de la empresa y los beneficios que de ello se desprenden. Desde ya, este mecanismo trae aparejada una clara desventaja (para los fundadores): se diluyen en la participación del capital.

Cabe mencionar que todo lo desarrollado en el presente se aplica en forma analógica a *restricted stock awards* (*RSA*) y los *restricted stock units* (*RSU*) **(6)**.

III. Ley de Mercado de Capitales y de Obligaciones Negociables

La ley 26.831 de Mercado de Capitales menciona los planes de opciones en solo dos artículos. Estos se limitan a (i) regular la información sobre opciones **(7)** que debe ser incluida en el balance; y (ii) de existir el Comité de Auditoría, este debe opinar sobre los planes de *stock option* que se propongan. No existe ninguna regulación de fondo sobre cómo se debe estructurar un *stock option*.

La ley 23.576 de Obligaciones Negociables hace referencia a un supuesto especial para la formación de planes de participación accionaria, siempre que se establezcan sobre una base proporcional de las remuneraciones y con carácter gratuito. En este caso, indica su art. 44 que "las sumas que las sociedades destinen a la suscripción o adquisición de sus propias acciones para atribuirlas al personal mencionado en tales planes... no serán consideradas parte de indemnizaciones, sueldos, jornales o retribuciones a los fines laborales, previsionales o sociales, y por tanto estarán exentas de aportes y contribuciones de obras sociales, cajas de subsidios familiares, Fondo Nacional de la Vivienda o cualquier otro concepto similar".

A lo dicho se debe sumar las restricciones de nuestro derecho societario que no admite los aportes en labores en las sociedades anónimas, y que tiene fuertes restricciones en materia de aumento de capital (por ejemplo, en lo que hace al uso de primas de emisión), lo que hace imposible emitir acciones de una sociedad anónima local que sean retribución por tareas laborales o servicios prestados por directores. En otras palabras, tal como surge implícitamente del art.

(6) Esto es, esquemas en que o bien se reciben las acciones en el momento inicial (*award* u otorgamiento de las acciones) pero las mismas estás sujetas a restricciones en materia de transferibilidad y además están sujetas a la posibilidad de recompra por la empresa (denominada *clawback)* hasta que se produce el *vesting* (que puede tener las mismas condiciones que un *stock option),* o se tiene un derecho similar al *stock option* de recibir las acciones en el futuro. Este es un esquema muy utilizado con los propios fundadores como forma que tienen los fondos de *venture* capital de asegurarse que, si uno o varios de los fundadores se retiran, pierdan todo o parte de su participación en la sociedad como forma de castigo a tal decisión. Tal como veremos al tratar los aspectos vinculados al derecho laboral, tanto los *stock options* como los RSA y RSU han sido utilizados por las empresas para retener a sus empleados en la Argentina, y ambos han sido considerados una remuneración por la jurisprudencia laboral.

(7) El primero es el art. 60 referido a "Normas contables" que en su parte pertinente dispone que: "son aplicables a las entidades emisoras comprendidas en el régimen de la oferta pública las siguientes disposiciones referidas a la información contable: (...) b) Sin perjuicio de la información requerida por las disposiciones legales aplicables, las emisoras deberán incluir adicionalmente en las notas complementarias a sus estados contables la siguiente información: I. En el caso de las sociedades anónimas, las acciones que hayan sido emitidas o con emisión autorizada por la asamblea y las efectivamente emitidas; así como, conforme al régimen legal y reglamentario aplicable, las opciones otorgadas y los valores convertibles en acciones y los demás que otorguen derechos a participar en los resultados de la sociedad...". El segundo es el art. 110 referido a las funciones del Comité de Auditoría, que incluyen "e) Opinar sobre la razonabilidad de las propuestas de honorarios y de planes de opciones sobre acciones de los directores y administradores de la sociedad que formule el órgano de administración...". Se puede sumar el art. 99 de la Ley de Mercado de Capitales, que impone a los directores, administradores, síndicos, determinados gerentes, miembros del consejo de vigilancia, y accionistas controlantes el deber de informar acerca de la cantidad y clases de opciones de compra o venta de acciones y títulos de deuda convertibles en acciones que posean de la entidad a la que se encuentren vinculados.

44 de la Ley de Obligaciones Negociables, la sociedad deberá adquirir sus propias acciones (lo que está restringido tal como veremos más adelante) y luego entregarlas a quienes ejerzan el *stock option* (un esquema diferente al que se utiliza en los Estados Unidos en que las acciones son emitidas y entregadas a los empleados y directores que las integran a un valor pre establecido que puede no tener relación alguna con el valor patrimonial proporcional y que puede ser diferente para cada empleado a pesar que todos capitalicen juntos). Todo lo dicho dificulta, si es que no hace imposible, la implementación de remuneraciones en acciones para los terceros y empleados estratégicos en sociedades argentinas. A lo dicho se suma la escasa cantidad de empresas que coticen sus acciones y de esta forma den liquidez a las acciones que estos terceros o empleados recibirían.

IV. Ley General de Sociedades

La falta de una regulación específica y la dificultad para implementar planes de *stock options* a nivel local explicada llevó a las empresas argentinas a otorgar planes de *stock options* desde su casa matriz, o en el caso de *startups*, desde la sociedad *holding* en el exterior que se espera haga su *IPO* en el futuro. Tal como surge de la jurisprudencia laboral analizada, en grupos societarios multinacionales, las opciones de compra suelen ser por acciones de alguna sociedad extranjera.

Cabe aclarar que si bien es posible encontrar compañías como Agua y Saneamientos Argentinos SA **(8)**, o YPF SA **(9)**, que cuentan con programas de propiedad participada para sus empleados, en ambos casos los programas fueron resultado de los mecanismos de privatización impuestos por la ley 23.696 de 1989, y difieren de los *stock option plans* bajo análisis en el presente artículo.

En lo referente a la Ley General de Sociedades, tal como adelantáramos, su art. 187 regula en su segundo párrafo la suscripción con aportes no dinerarios del capital de las sociedades por acciones. De conformidad con la ley, estos deben integrarse totalmente, y solo pueden consistir en obligaciones de dar. De lo anterior se sigue que las acciones de una sociedad por acciones nunca podrían ser integradas con el trabajo del beneficiario del *stock option plan*. Insistimos que lo dicho impide que en la Argentina se utilice la misma forma que en Estados Unidos.

Sin embargo, la pregunta que debemos hacernos es si las opciones (y no las acciones) pueden ser otorgadas si tienen el trabajo del beneficiario como contraprestación. Puesto de otra forma, la pregunta sería si la prima de la opción puede ser pagada con el trabajo del beneficiario. Entendemos que no existe tal prohibición bajo el derecho argentino. Sin embargo, el beneficiario que eventualmente ejerza la opción tendrá que integrar el precio de ejercicio (con dinero u obligaciones de dar).

Alternativamente se podría pensar en una compra, por parte de la sociedad, de sus propias acciones (por ejemplo, siendo vendidas a la sociedad por los fundadores de la *startup*) para luego venderlas al empleado. De esta forma, no estaríamos frente a un *warrant* (no es una opción para que la sociedad emita las acciones) sino una genuina opción de compra (la sociedad vende sus propias acciones). El problema que encontramos en este esquema son las restricciones que existen para la compra de las propias acciones por parte de las sociedades. La compra de las propias acciones en sociedades que no hacen oferta pública de ellas se rige por el art. 220 de la ya citada Ley General de Sociedades. Este artículo solo permite la adquisición de acciones propias en las siguientes condiciones: (a) para cancelarlas y previo acuerdo de reducción del capital; (b) excepcionalmente, con ganancias realizadas y líquidas o reservas libres, cuando estuvieren completamente integradas y

(8) En su página web (https://www.aysa.com.ar/Quienes-Somos/sobre_nosotros), Agua y Saneamientos Argentinos SA, indica que el 10% del capital social de la empresa (acciones Clase B) corresponde a su personal a través de un Programa de Participación Accionaria (PPA), "único en su tipo". Los beneficiarios del mencionado programa son los ex trabajadores de Obr as Sanitarias de la Nación que se encontraban adheridos al programa de propiedad participada de la empresa (ver http://mepriv.mecon.gov.ar/Obras_Sanitarias/PPP.htm). Los lineamientos del programa de Agua y Saneamientos Argentinos SA se encuentran detallados bajo el Convenio Colectivo de Trabajo N° 798/6 "E".

(9) Según informa su página web (https://www.ypf.com/inversoresaccionistas/GobiernoCorporativo/Paginas/composicion-accionaria.aspx), un 0,010% de su capital social corresponde al "Fondo de Empleados" (acciones Clase C).

para evitar un daño grave, lo que será justificado en la próxima asamblea ordinaria; y (c) por integrar el haber de un establecimiento que adquiere o de una sociedad que incorpore. Dada la necesidad de acreditar un daño grave para la compra de las propias acciones, es difícil pensar en la compra de las propias acciones para luego darlas en un plan de *stock option*.

Por su parte, si bien no es el objeto principal de este trabajo, cabe mencionar que si la sociedad sí hiciese oferta pública de sus acciones **(10)** se debe considerar los arts. 64 y ss. de la ley 26.831 de Mercado de Capitales. Asimismo, en el caso de la oferta pública se debe considerar las Normas de la Comisión Nacional de Valores ("CNV") **(11)**. En este caso, sí se podría pensar en un esquema de compra de las propias acciones, por hasta un 10% del total de acciones y por un plazo de tenencia no mayor a 3 años, a partir de un programa presentado a la CNV, en el cual se explique que serán utilizadas para cumplir con los *stock options* de los empleados de la emisora (y se cumpla con todos los recaudos establecidos por la normativa que se resumen en la nota al pie 16). En otras palabras, un esquema falto de versatilidad y limitado a los empleados **(12)** de empresas que hacen oferta pública de sus acciones, pero eventualmente posible.

En el caso de una *startup*, de forma alternativa, podrían ser los *founders* quienes retengan a título personal la cantidad de acciones —emitidas y no simplemente autorizadas— deseadas para el *stock option plan,* y que celebren ellos mismos —en lugar de la sociedad— con los beneficiarios un contrato de opción por esas acciones. De este modo, solo restaría la transferencia de las acciones por el *founder* al beneficiario del *stock option*. Esto es, dado que no es la sociedad la que emite la acción, sino que la acción ya fue emitida e integrada por un accionista (*founder*) y la está vendiendo a otro (nuevo o no) accionista (beneficiario del *stock option*), estamos frente a una mera transferencia de acciones a la cual no se le aplican las restricciones en materia de integración establecida por el art. 187 de la Ley General de Sociedades bajo examen.

Sin embargo, esta nueva alternativa (venta de un accionista a otro a un precio fijado en la opción) se enfrenta con otra restricción de la Ley General de Sociedades que en su art. 13, inc. 5, establece la nulidad de las cláusulas del estatuto social que permitan la determinación de un precio para la adquisición de la parte de un socio por otro, cuando ese precio se aparte notablemente de su valor al tiempo de hacerla efectiva. Esta regla rige también para los casos de adquisición por parte de un tercero, como

(10) La estrategia de *exit* más anhelada por todo emprendedor es la de lograr la oferta pública inicial de acciones (IPO) de su propia compañía. Sin embargo, con el fin de proteger al público inversor, la Ley de Mercado de Capitales impone a las sociedades reguladas una serie de obligaciones tendientes a proporcionar suficiente información al público que necesariamente incrementa el costo de transacción de las compañías que realizan oferta pública de sus acciones en Argentina.

(11) En el caso de sociedades con cotización la compra de las propias acciones debe respetar el trato igualitario entre todos los accionistas y el derecho a la información plena de todos los inversores; las acciones a adquirir deberán estar totalmente integradas; la decisión de recompra debe ser adoptada por resolución fundada del directorio, con informe de comité de auditoría y de la comisión fiscalizadora. La resolución del directorio debe establecer la finalidad de la adquisición, el monto máximo a invertir, la cantidad máxima de acciones o porcentaje máximo sobre capital social que será objeto de adquisición y el precio máximo a pagar; la decisión de recompra de las propias acciones deberá informarse a la CNV como hecho relevante; la adquisición deberá efectuarse con ganancias realizadas y líquidas o con reservas libres o facultativas; el total de acciones que propias en cartera no podrá superar el 10% del capital social. Las acciones adquiridas en exceso de ese límite deberán ser enajenadas dentro de los 90 días contados a partir de la fecha de adquisición que originó el exceso, sin perjuicio de la responsabilidad del directorio; las emisoras no podrán adquirir sus propias acciones cuando se tenga conocimiento de la existencia de una oferta pública de adquisición de acciones y hasta tanto transcurrido 1 día desde la publicación del anuncio de la decisión de la emisora de adquirir sus propias acciones; estando vigente una decisión de la emisora de adquirir sus propias acciones, los directores, administradores, síndicos, integrantes del consejo de vigilancia o gerentes de primera línea de ella, no podrán vender las acciones de ésta que fueren de su propiedad o que administren directa o indirectamente; la compra de las acciones deberá llevarse a cabo mediante operaciones en el mercado.

(12) El otorgamiento de *stock options* a empresas controladas pero que no son la cotizante sería eventualmente posible, en particular, de existir situaciones de pluriempleo muy comunes en grupos económicos para sus empleados jerárquicos.

podría ser un empleado **(13)**. El legislador entendió que la ley no puede convalidar el abuso, y no puede permitir que el contrato de sociedad sea un instrumento para consagrar el despojo de un socio en beneficio de otro **(14)** (o de un tercero). Sin embargo, se habría pasado por alto el asunto que nos compete, atentando contra la motivación del beneficiario de la opción.

El fin último del esquema de opciones sujetas a *vesting* es justamente motivar al beneficiario de la opción a quedarse en la compañía por al menos el plazo del *vesting*, y a esforzarse de forma tal que el valor de mercado de la acción supere ampliamente el precio de ejercicio de la opción ("apartándose notablemente") **(15)**. De esta forma, el beneficiario buscaría "ganar" su participación en la compañía, y obtener el mayor rédito económico posible.

Dado que la letra de la ley no es precisa o autosuficiente, es necesario hacer un análisis caso a caso para entender cuándo el precio pagado por una participación accionaria se "aparta notablemente" de su verdadero valor de mercado **(16)**. Entendemos que mientras mayor sea el monto pagado en concepto de prima por la opción, menor fuerza tendrá la presunción de lesión a los intereses de quien debe hacer entrega de las acciones a un precio "notablemente" menor que el precio de mercado, pero sin nunca dejar de estar sujeto a la posibilidad de impugnación del valor de ejercicio.

V. Plazo del *stock option*

Tal como fue adelantado, el *stock option* plan tradicional en Estados Unidos sujeta el otorgamiento de las opciones a un esquema de vesting de 4 años. Cumplido el primero de los 4 años, el beneficiario usualmente recibe 25% de las opciones reservadas para él o ella (el denominado *cliff*). El remanente 75% se otorga a lo largo de los siguientes 3 años, de forma mensual.

Lo anterior sería de imposible estructuración bajo ley argentina. El art. 996 del Cód. Civ. y Com. define al contrato de opción como aquel que contiene una opción de concluir un contrato definitivo, otorgando al beneficiario el derecho irrevocable de aceptarlo. Dada la ubicación de tal art. bajo la Sección "Contratos Preliminares", el Código parecería indicar que las opciones son contratos preliminares, y como tales quedan sujetas, bajo el art. 994, al plazo máximo de 1 año. En su art. 191, la ley 27.440 de Financiamiento Productivo excluyó la restricción temporal para las opciones que sean operadas en el mercado de capitales. Pero claramente no sería el caso de los *stock options* de *startups* **(17)**.

A esta altura cabe preguntarnos por qué el esquema tradicional fija un plazo de 4 años, y si tiene sentido conservar ese plazo hoy en día. Este plazo estaba basado en el tiempo que le llevaba a una *startup* lograr su IPO desde que recibía su primera inversión por parte de un fondo de *Venture Capital*. Hoy en día este plazo po-

(13) Conf. ROITMAN, Horacio, "Ley de Sociedades Comerciales 19.550, Comentada y Anotada", La Ley, Buenos Aires, 2006, p. 274.

(14) Conf. ROITMAN, Horacio, ob. cit., p. 268.

(15) Recordemos que hasta tanto las *startups* logran su *exit* (i.e. IPO, adquisición o fusión), o sufren una liquidación, el valor de las acciones es casi un ejercicio teórico, ya que son activos sumamente ilíquidos.

(16) En el año 2010, W. de Argentina Inversiones SL solicitó la declaración de nulidad del contrato de opción de compra de acciones de Sofora SA celebrado con Telecom Italia Internacional N.V, alegando la desproporción del precio pactado para el ejercicio de la opción frente al valor real de las acciones objeto del contrato, al considerar que ello infringe las previsiones del art. 13, inc. 5 de la Ley General de Sociedades. En subsidio, la accionante planteó la nulidad parcial del contrato con el objeto de que se declaren inválidas las cláusulas que establecen un importe parcialmente fijo para el cálculo del precio y, en todo caso, en cuanto establecen un importe que se aparta notablemente del valor real de las acciones. Fallo CNCom., sala C, "W. de Argentina Inversiones SL c. Telecom Italia Internacional N.V. s/ ordinario (incid. de tasa de justicia)", AR/JUR/50175/2013). De forma similar, en Patelin, Patrick c. Bureau Francis Lefebvre y Cabinet Lefebvre Selafa se persiguió la nulidad de la opción de compra del contrato que determinó el precio de adquisición de las acciones, al reputársela violatoria del art. 13 inc. 5 de la ley 19.550 General de Sociedades.

(17) El Código de Civil peruano de 1984 fijaba un plazo de seis meses para los contratos de opción, límite que fue dejado sin efecto por la ley 27.420 del año 2001 justamente por ser considerado demasiado corto. Véase SERRANO REDONNET, Diego M., "Imposición de plazos máximos para el contrato de opción y el pacto de preferencia en el nuevo Código", LA LEY 2015-D del 30/07/2015.

dría extenderse **(18)**, no siendo sorprendente ver *startups* que van obteniendo rondas por 7 o más años. Esto es relevante para determinar el plazo ideal de los *stock options* en *startups*, toda vez que el esquema tradicional con plazo de 4 años pretendía tener al beneficiario comprometido a lo largo de gran parte de la vida de la *startup*, y hasta su oferta pública. Siguiendo con lo anterior, se podría pensar en que se deberían acordar plazos más largos. Sin embargo, hay un factor que se estaría pasando por alto: la inmensa y creciente competencia de las *startups* por atraer talento tecnológico. Compañías como Lyft, Stripe y Coinbase **(19)** han comenzado a estructurar sus *stock option plans* con un plazo de 1 año en lugar de 4. De esta forma, al ofrecer un esquema de *vesting* más acotado, las compañías tienen mayor poder de negociación: pueden evaluar el desempeño de sus empleados año a año, y en base a ello ajustar la cantidad de opciones a la hora de renovar el plan. En Latinoamérica, los plazos para lograr un IPO son incluso más largos que en los Estados Unidos y las *startups* que lo logran son muy pocas. En lo que respecta al mercado laboral, la competencia por atraer talento es sumamente alta toda vez que los desarrolladores con más experiencia y capacidades tienen la posibilidad de trabajar a distancia para compañías extranjeras **(20)**.

(18) La National Venture Capital Association explica en la página 39 de su Yearbook para el año 2021 (que se puede descargar en forma gratuita en nvca.org/research/nvca-yearbook/) que las *startups* que hicieron un IPO en 2020 tenían una edad media (desde la primera vez que fueron fondeados por un fondo de venture capital) de 5,3 años, y esto fue sorprendente dado que bajó mucho si se lo comprada con la edad media de 6,9 años en 2019. El informe destaca que desde 2009, solo una vez hubo una edad media menor y que fuera de 4,6 años en 2018. Esta mayor disponibilidad de fondos producto de la creciente ola de liquidez, y de la globalización acelerada, permiten que *startups* de cualquier región compitan por capital de todo el mundo, en particular si se considera que los requerimientos legales se suelen satisfacer con la creación de una *holding* en la jurisdicción adecuada.

(19) BROCK, L. J., "How Coinbase is Rethingking its Approach to Compensation". Ver https://blog.coinbase.com/how-coinbase-is-rethinking-its-approach-to-compensation-9aaf7d5d638e

(20) Otro factor importante que aumenta la demanda de desarrolladores latinoamericanos por parte de *startups* de los Estados Unidos es el huso horario similar (a diferencia de por ejemplo de Europa o en mayor medida de India).

En síntesis, otro de las restricciones legales a considerarse en la Argentina es el plazo máximo de 1 años para las opciones de compra de acciones que no se negocien en mercado institucionalizados regulados por CNV. En tal sentido, si lo que se quiere lograr es comprometer al beneficiario a mediano/largo plazo, comprimir el esquema tradicional (4 años) dentro del plazo máximo de un año fijado por ley carecería de sentido, salvo que se renueve, revise y ajuste de forma anual la cantidad de opciones a otorgar en base a rendimiento. De no haber tal renovación, una vez concluido el *vesting* de las opciones, la *startup* deberá hallar otro modo de retener al beneficiario de la opción por el resto del tiempo que le tome a la compañía lograr su *exit*.

VI. Otros esquemas de remuneración vinculados a acciones

En la práctica se han intentado sortear las dificultades antes mencionadas de distintas maneras, utilizando esquemas que tienen por finalidad lograr los mismos efectos que tienen en miras los planes de *stock options*: motivar y retener a los beneficiarios, y se vinculan a los precios de las acciones de la compañía.

Uno de tales esquemas es un acuerdo de opción de compra de acciones básico que refleja una estructura similar a lo que se conoce como *reverse vesting*. En el *reverse vesting* tradicional, las acciones son emitidas a los beneficiarios (usualmente *founders* o empleados), otorgando a la propia sociedad un derecho de opción de recompra de esas acciones, a valor nominal, si el titular de las acciones se retirarse total o parcialmente de su cargo, y/o incumpliese con el desempeño de su cargo en los términos que hubiese sido acordado. La opción puede ser por el 100% de las acciones si el titular se retirara dentro de un plazo inicial determinado (ej. 12 meses), y luego por porcentajes menores, de forma escalonada, a medida que pasa el tiempo.

Sin embargo, lo anterior contaría con algunas dificultades bajo el derecho argentino. En primer lugar, para que una sociedad pueda adquirir acciones que emitió, tendría que cumplir con los requisitos impuestos por el art. 220 de la Ley General de Sociedades ya explicados. Esto es, debería poder mostrar que existe la necesi-

dad de evitar un daño grave. A efectos de sortear tal desafío, en la práctica se ha otorgado el derecho de opción, a prorrata de su participación, a los nuevos inversores y a los restantes *founders,* distintos al que se hubiese retirado de la *startup*.

En cualquier caso, ninguna de las dos variantes (derecho de opción a favor de la sociedad; o a favor del inversor y restantes *founders*) les escapa a los límites impuestos por el art. 13, inc. 5, de la ley 19.550, y por el art. 994 del Cód. Civ. y Com., esto es, ilegalidad de un precio notoriamente apartado del de mercado y plazo máximo de 1 años. Por tal motivo, en esta clase de acuerdos se deja expresa constancia que los titulares de las acciones renuncian incondicional e irrevocablemente a la invocación de los artículos anteriores, pero no se le escapará al lector que, si se entendiera que son de orden público, tal renuncia carecería de toda validez.

Otro esquema alternativo, es instrumentar el plan con *phantom stock*, o *stock appreciation rights*. Ambos son esquemas de compensación, según los cuales, sujeto al cumplimiento de ciertas condiciones (en general, la venta de la compañía), el beneficiario (usualmente empleado) recibe una compensación vinculada al *valor* de las acciones, sin realmente recibir acciones propiamente dichas.

Bajo el esquema de *phantom stock*, la *startup* y el beneficiario acuerdan que el beneficiario recibirá una compensación equivalente al valor de determinada cantidad de acciones, en caso de que se cumplan ciertas condiciones (por ejemplo, *exit* de la *startup*). Adicionalmente, podría pactarse el derecho del beneficiario a recibir montos equivalentes a los dividendos correspondientes a la determinada cantidad de acciones **(21)**. En definitiva, las *phantom stocks* buscan replicar los derechos económicos (y no políticos) de las acciones, sin que realmente estas sean emitidas.

Bajo el esquema de *stock appreciation rights*, la *startup* y el beneficiario acuerdan que el beneficiario recibirá una compensación equivalente a la apreciación del valor de determinada cantidad de acciones de la *startup*, en caso de que se cumplan ciertas condiciones (por ejemplo, transcurrido determinado plazo, *y/*o *exit* de la *startup*).

Bajo ley argentina, los dos esquemas mencionados tienen una serie de efectos importantes. Desde lo laboral estaremos frente un bono, con todas las posibles discusiones que hemos visto al tratar los aspectos laborales de las *stock options*, más su tratamiento fiscal ante Ganancias y en relación con los aportes y contribuciones de las relaciones laborales. El caso que más discusiones ha generado en la práctica ha sido el del *phantom participation* en caso de venta, dado que han existido posturas que sostuvieron que, dado que esta suma la paga el accionista de la empresa empleadora, no sería un sueldo. Postura con la cual coincidimos, pero conlleva que se deba considerar que es un servicio (seguramente sujeto al Impuesto a las Ganancias, Impuesto al Valor Agregado, y eventualmente también el Impuesto sobre los Ingresos Brutos).

Lo dicho tiene su claro reflejo en los fallos en materia laboral argentino que entendemos muy ilustrativos sobre el uso en la Argentina de este esquema remuneratorio, y que pasamos comentar.

VII. Derecho laboral argentino

De forma previa a analizar una serie de fallos de la Justicia Laboral que versan sobre *stock options,* consideramos pertinente adelantar los criterios en general ya validados por la justicia, sobre los cuales se ha alcanzado cierto consenso:

(i) Los *stock options* son considerados "remuneración". En los primeros casos, las empresas negaban y rechazaban esta calificación, y su encuadre bajo el art. 113 de la Ley de Contrato de Trabajo (en adelante "LCT") **(22)** u otro artículo **(23)**. Hoy por hoy, tanto las empresas como

(21) En cualquier caso, no es habitual que las *startups* distribuyan dividendos.

(22) El art. 113 de la LCT dispone que: "El salario puede fijarse por tiempo o por rendimiento de trabajo, y en este último caso por unidad de obra, comisión individual o colectiva, habilitación, gratificación o participación en las utilidades e integrarse con premios en cualquiera de sus formas o modalidades".

(23) Hay fallos que encuadraron a los *stock options* como remuneración, pero bajo artículo de "Propinas" nos referimos al art. 122 de la LCT que dispone que: "Cuando el trabajador, con motivo del trabajo que preste,

los empleados lo consideran remuneración a los fines laborales. Por ende, la modificación de un *stock option plan* en perjuicio del empleado afecta la intangibilidad de su remuneración y podría ser considerado una injuria grave que dé lugar a que el empleado se considere despedido.

(ii) La empresa empleadora local es responsable por cualquier pago derivado de los *stock options,* a pesar de que estos hayan sido otorgados por sociedades del exterior (casas matrices de las sociedades locales). En los primeros casos, las empresas empleadoras locales planteaban falta de legitimación pasiva (sosteniendo que en todo caso se debería demandar a la empresa del exterior). Luego de años de jurisprudencia en su contra, dejaron de platear tal defensa.

(iii) Si el empleado renuncia antes del *vesting* se considera que pierde su derecho, pero la conclusión no es tan clara si es despedido.

(iv) Finalmente, en lo que hace a la base de cálculo de la indemnización por despido, los *stock options* con *vesting* anuales o semestrales no tendrían la calidad de remuneración "normal, mensual y habitual" que prescribe el art. 245 de la LCT al momento de imponer la base de cálculo de una indemnización por despido sin causa **(24)**. Podría ser de distinta interpretación el caso de un *vesting* mensual.

Pasamos a analizar los fallos en orden cronológico, para mayor claridad de la evolución de los puntos antes mencionados.

Comenzamos por el fallo "Martorana" de la CSJN (2001) que versa sobre (i) legitimación pasiva; y (ii) jurisdicción competente **(25)**. Tal como explica el Dictamen del Procurador, "el actor inició demanda contra cuatro empresas que integrarían una única corporación internacional, alegando haberse desempeñado en relación de dependencia para ellas (....) solicita el pago de diversos rubros, entre los que se encuentran los relativos a los sistemas de *stock options* y *awards*, a los que atribuye naturaleza laboral". Frente a este planteo, la empleadora codemandada "dedujo un planteo de incompetencia por entender que, en tanto los propios planes de *stock options* y *awards* prevén la aplicación de las leyes del Estado de Nueva York, esa es la legislación que cabe aplicar a los efectos de determinar los eventuales derechos del actor, resultando incompetentes los tribunales argentinos para efectuar el mencionado juzgamiento. Refiere, además, que el tribunal es asimismo incompetente en razón de la materia ya que el tema debatido posee naturaleza comercial...".

El Tribunal interviniente entendió que se trataba de derechos laborales por lo que era competente el fuero laboral explicando que "la radicación de quien fuera incuestionablemente empleadora del actor es razón suficiente para sustentar la jurisdicción del tribunal argentino", y apelada que fuera esta decisión, el Juzgado de primera instancia resolvió "tenerla presente con efecto diferido, hasta el momento en que se haya puesto fin al proceso de conocimiento en primera instancia con la sentencia definitiva...". Esta decisión fue apelada y la Sala V de la Cámara Laboral la desestimó, y no concedió el recurso extraordinario. Por lo tanto, la empleadora codemandada recurrió en queja a la CSJN. El objeto de la queja fue que se concediera efecto inmediato a la apelación de la decisión en materia de competencia de la Justicia laboral argentina, y nuestro más Alto Tribunal, por mayoría y siguiendo el dictamen del Procurador, falló en

tuviese oportunidad de obtener beneficios o ganancias, los ingresos en concepto de propinas o recompensas serán considerados formando parte de la remuneración, si revistieran el carácter de habituales y no estuviesen prohibidas".

(24) El art. 245 de la Ley de Contrato de Trabajo intitulado Indemnización por antigüedad o despido en su parte pertinente dispone que: "En los casos de despido dispuesto por el empleador sin justa causa, habiendo o no mediado preaviso, éste deberá abonar al trabajador una indemnización equivalente a un [1] mes de sueldo por cada año de servicio o fracción mayor de tres [3] meses, tomando como base la mejor remuneración mensual, normal y habitual devengada durante el último año o durante el tiempo de prestación de servicios si éste fuera menor (...). El importe de esta indemnización en ningún caso podrá ser inferior a un [1] mes de sueldo calculado sobre la base del sistema establecido en el primer párrafo".

(25) Fallo "Martorana, Ricardo O. c. International Business Machines Corporation y otros", CSJN, 30/05/2001 (Fallos 324:1761) en LA LEY, 2001-F, 1021. Se destaca por ser el único fallo de Corte Suprema que hemos encontrado sobre *stock options* dado que todos los restantes fallos que comentamos son de la Cámara del Trabajo. Un punto que llama la atención es que, siendo un fallo de nuestro más Alto Tribunal y del 2001, no sea citado en más oportunidades por los fallos posteriores.

contra y consideró que no había sentencia definitiva quedando el tema radicado en el fuero Laboral (al menos hasta su sentencia de Primera Instancia).

En síntesis, el objeto del fallo es que se decida al inicio del proceso acerca de la imposibilidad legal de demandar a las sociedades del exterior. Tal como ya adelantamos, la tendencia que se observa en los fallos analizados es que la empresa local sea considerada responsable y por ende no tenga sentido demandar a las sociedades del exterior que otorgaron las *stock options,* siendo competente la Justicia argentina.

Cinco años después (2005) se dicta el fallo "Baña" **(26)**, que solo toca tangencialmente la cuestión relativa a los *stock options.* Este se limita a confirmar la decisión de primera instancia contraria al empleado/director que reclama la computación de ciertas prestaciones en especie (incluyendo los mencionados *stock options*) para la determinación de la base de la indemnización por despido. Tal decisión es escuetamente fundada en que el empleado (i) no explicó el régimen de los *stock options* en su apelación; y (ii) tampoco desarrolló una crítica/objeción a la condición de que solo se podrían ejercer en caso en que subsista la relación de trabajo.

En el fallo se destaca que "el actor era director de la sociedad anónima demandada, circunstancia que, por una parte, explica la asignación de una remuneración ínfima y la generosa dotación de prestaciones en especie —que, conforme al art. 107 LCT solo pueden ser imputadas hasta el 20% de la remuneración total— y, por otra, pone en evidencia de que, desde ese cargo, debe haber contribuido al diseño e implementación de la política retributiva —de empleados y directores— de la empresa, lo que torna por lo menos incoherente e incompatible con conductas anteriores jurídicamente relevantes su pretensión de reconfiguración póstuma. *Los tribunales del trabajo no han sido creados para ajustes de cuentas corporativos que tienen prevista su sede propia*" (lo resaltado nos pertenece).

Ese mismo año (2005) se dicta el fallo "Copolechio" **(27)**. Cabe destacar que es el primer fallo que trata de lleno el asunto de los *stock options*, y analiza: (i) la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido; (ii) la legitimación pasiva; y (iii) el derecho al ejercicio del *stock option* no *vesteado*, por parte del empleado, en caso de despido. Respecto del primer punto, el fallo confirma la decisión de primera instancia en el sentido de excluir *la incidencia del stock options* del cálculo de la indemnización por despido basado en la ausencia de habitualidad (en este caso, no surge de la sentencia la periodicidad del *vesting*).

Respecto del segundo punto, el fallo hace responsable a la empresa empleadora local por más que el *stock option* fue otorgado por la casa matriz del exterior dado que "la defensa ensayada en el sentido que tal beneficio no fue otorgado por la accionada sino, por un tercero ajeno a la litis, no resiste el más mínimo análisis desde que de los propios términos vertidos en la apelación en análisis se desprende que ... la sociedad con quien Copolechio suscribió el contrato de opción de compra de acciones— es controlante de la aquí demandada ... Por otra parte, no veo de qué manera podría desvincularse la accionada cuando, ella misma en su responde ... aduce que el objeto del plan era atraer y conservar el mejor personal disponible para puestos de gran responsabilidad y proporcionar a los empleados de [la controlante] y de sus subsidiarias un incentivo adicional, a la par que se pretende sujetar el efectivo ejercicio de las *stock options* a la condición de permanencia del actor en la demandada. A lo expuesto se añade que, de los términos vertidos en la contestación de demanda ... se desprende que fue la empleadora quien invitó a participar del Plan a su dependiente y le hizo suscribir el correspondiente contrato, el que se encarga de acompañar" al expediente.

Finalmente, respecto del punto relativo a si el empleado tiene derecho al ejercicio del *stock option* no vesteado en caso de despido, el fallo establece que, "si bien es cierto que el demandante no permaneció en la sociedad accionada —pues se desvinculó de ella luego de ejercer la opción del 25% a la que tenía derecho por haber

(26) CNTrab., sala VIII, "Baña, Horacio R c. Pall Technologies SA", 07/02/2005.

(27) CNTrab., sala X, "Copolechio, Daniel J. c. Elvetium SA", 16/08/2005.

transcurrido el primer año de la fecha de otorgamiento— no puede perderse de vista que la falta de cumplimiento de dicha condición, no resulta imputable al dependiente, desde que la disolución del vínculo se debió al despido incausado dispuesto por la principal (...) En otras palabras, el hecho de que el actor no haya continuado laborando para la demandada durante el período exigido para hacerse acreedor de la opción de compra de las (...) acciones restantes, no responde a una conducta endilgable a él y por ende, no puede verse beneficiada la empleadora por el supuesto incumplimiento del requisito cuando este se debió exclusivamente al actuar de la misma, aun cuando no haya tenido como fin inmediato eludir la obligación que aquí se analiza **(28)**. (...) aun en la hipótesis en que se entendiera que la cuestión fuese dudosa —supuesto este que no comparto— habría que otorgarle, de todos modos, la razón al demandante por cuanto en el convenio se omitió aclarar cuáles serían las consecuencias que derivarían de incumplirse el recaudo de permanencia en virtud de una decisión de la principal que no resulte ser consecuencia de conducta alguna por parte del subordinado (v gr. despido sin causa) y de allí que, entonces, la redacción defectuosa del contrato que ella hizo firmar a su dependiente, no haría más que perjudicar a dicha parte (...) **(29)**. Ello en atención a que el plan fue instaurado unilateralmente ... de lo que deriva que el compromiso debe ser interpretado en contra de quien lo redactó con cláusulas dudosas (...) **(30)**, conducta esta que cabe enrostrar a la demandada por haber sido —como ya dijera— quien invitó a su dependiente a participar de dicho plan". En síntesis, el fallo deja sentado el criterio que ante un despido el empleado no pierde el derecho a ejercer su *stock option*, al menos si el tema no está expresa y claramente previsto.

Dos años más tarde (2007), en el fallo "Uhart" **(31)** se analiza la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización cuando el empleado se considera despedido. Este explica que el programa de *stock options* en cuestión requería que el trabajador continuara en la compañía al momento del ejercicio. Sin embargo, en el caso en concreto el trabajador se consideró despedido sin que se dieran las condiciones para ello. Por ende, si bien dos años antes (en 2005) en autos "Copolechio" (ya comentado), se había dicho que frente al despido la empleadora no podía beneficiarse, en este caso se ratificó la decisión del juez de Primera Instancia y negó una indemnización al empleado indicando: "La ruptura del vínculo se debió a la decisión apresurada de la trabajadora. Por lo tanto, sugiero ratificar lo decidido en el fallo de grado en cuanto decide que el hecho que la actora haya producido el despido indirecto en forma injustificada conduce a desestimar el reclamo referido al pago en dinero de las *stock option*". En síntesis, el criterio no varía, si el empleado renuncia pierde el derecho, pero si es despedido lo conserva. Desde ya, si se considera despedido, pero no existen motivo para ello, se considerará que pierde su derecho por ser una renuncia.

Al año siguiente (2008) el fallo "Nassimoff" **(32)**, que versa sobre (i) la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido; y (ii) el derecho al ejercicio del *stock option* no *vesteado*, por parte del empleado, en caso de despido incausado. Respecto del primer punto, es conteste con los fallos anteriores en el sentido de no incorporar los *stock options* en el cálculo indemnizatorio. Sin embargo, respecto del segundo punto, el fallo es novedoso en cuanto sienta el criterio contrario en materia de pérdida del derecho a las opciones no *vesteadas* en caso de despido incausado. Pasamos a desarrollar ambos puntos.

En el fallo de primera instancia se rechazó la pretensión del actor de que le fuera pagada una indemnización por los *stock options*. La Cámara

(28) En similar sentido, SD nro. 13.355, del 15/02/2005, in re "Álvarez, Eduardo Jorge c. Zara Argentina SA s/ despido", de la misma Sala.

(29) En tal sentido, SD nro. 8475, del 11/08/2000, dictada en autos "Vidal, Norberto O. c. SBA s/ dif. de salarios".

(30) Conf. CNCom., sala C, en LA LEY, 1987-E, 179; CNCiv., sala D, en LA LEY, 1978-A, 486.

(31) CNTrab., sala X, "Uhart, Mariana María c. Máxima SA AFJP s/ despido", 16/05/2007.

(32) Cámara Nacional del Trabajo, sala VII, "Nassimoff, Andrés c. Johnson & Johnson Medical SA s/ despido", 29/02/2008.

mantuvo esta postura y explicó que "se trataba de un programa de incentivos para el personal; un plan de adquisición de acciones cuyo beneficio consistía en fijar, en un momento determinado el valor de la acción y dar al empleado la posibilidad de ejercer la opción de compra al valor fijado. Dicha opción no podía ejercerse antes de los 3 años de la incorporación al plan (período de maduración de las acciones). En el presente caso, el actor dejó de ser empleado de la demandada antes de ese plazo, es decir que su derecho de opción nunca fue efectivizado ni ejercido, solo quedó en expectativa; de modo que no puede hablarse de que haya sido incorporado a su remuneración como para también integrar la base indemnizatoria del art. 245 de la LCT. No paso por alto que la desvinculación del actor obedeció a la exclusiva voluntad unilateral del demandado. De cualquier manera, hay que tener en cuenta que dicha expectativa no llegó a generar un derecho. Esto es así aun cuando considerando, tal como creo, que el despido incausado es un ilícito contractual, para generar lo requerido: una incorporación a la base cuantitativa del art. 245 de la LCT, hubiera sido necesaria una causa jurígena anterior incumplida, cosa que no aparece acreditada en autos (art. 499, CC)". En síntesis, el fallo considera que los *stock options*, frente al despido del empleado, no dan derecho alguno a indemnización si no se ha cumplido el *vesting*.

Ese mismo año (2008), el fallo "Diaz Valdéz" **(33)** trata (i) la legitimación pasiva; (ii) la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido; y (iii) el encuadre del *stock option* bajo el derecho laboral argentino. Respecto del primer punto, el fallo concluye que todo reclamo sobre la extensión del plazo de suscripción del *stock option* y sus características debe dirigirse contra la empresa del exterior que lo otorgó y no su subsidiaria local (un criterio que como ya adelantamos no se mantiene en el tiempo). Este explica: "La actora se queja porque en origen se desestimó o no se trató la cuestión del carácter remuneratorio del derecho de opción de compra de acciones (*stock option*) y porque se rechazó el reclamo orientado a extender el plazo de suscripción en el programa hasta diciembre de 2007 o hasta la fecha de la sentencia". Esto se debió, y este es un punto de gran relevancia, a que la jueza de 1era Instancia consideró que existía una falta de legitimación pasiva de la demandada dado que el *stock option* fue otorgado por la casa matriz, una persona jurídica distinta a la demandada. La Cámara por su parte ratificó la decisión de la jueza sosteniendo que, "en lo atinente a la postergación en el tiempo de la potestad de suscribir las acciones, no es discutible que debió demandarse a la corporación oferente y autora del plan, única legitimada pasiva. Nada podría decidirse acerca de las condiciones del *stock options* de Avery Dennison Corporation sin haberse sustanciado la pretensión con esa persona jurídica, porque ello implicaría violar sus garantías de defensa y propiedad (arts. 17 y 18, CN), ya que para admitir la postulación de la actora sería menester que la jurisdicción se introdujera en el marco de un contrato sin la participación en el proceso uno de los protagonistas de la negociación. De más está decir que, con independencia de la ligazón económica, la demandada no comparte la personalidad jurídica con Avery Dennison Corporation, razón por la cual este aspecto del fallo debe ser confirmado".

Por su parte, respecto del segundo punto, el fallo sostiene que si bien el *stock option* está incluido en las condiciones de trabajo, carece del atributo de la mensualidad que es fundamental para su inclusión en el cálculo de la indemnización por antigüedad.

Finalmente, respecto del encuadre del *stock option* bajo el derecho laboral argentino el fallo explica que "[l]a posibilidad de participar en el plan accionario (*stock options*) de una sociedad matriz o de una sociedad de un mismo grupo económico, que brinda la empleadora al trabajador, en la medida que significa la posibilidad de obtener una ganancia financiera, se exhibe como una ventaja patrimonial que está ligada al contrato de trabajo y que encuadraría en la amplia conceptuación del art. 113 de la ley 20.744 el que, si bien lleva como título la voz 'Propinas', orbita más allá de estas, pues es apta para alcanzar a cualquier otra chance de ganancia habitual y no prohibida" **(34)**.

(33) CNTrab., sala VIII, "Díaz Valdez, Carlos María c. Avery Dennison de Argentina SA s/despido", 10/07/2008.

(34) El fallo explica claramente el funcionamiento del *stock option* y concluye que el mismo "no está legislado de manera especial en el derecho argentino y no hay

También en 2008, el fallo "Vázquez" **(35)** trata (i) la naturaleza jurídica de los *stock options*; (ii) el derecho al ejercicio del *stock option* no vesteado, por parte del empleado en caso de despido incausado; y (iii) la incidencia (o no) del resarcimiento por *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido incausado. Respecto del primer punto, el fallo claramente explica: "En cuanto se refiere a la procedencia del pago de una compensación por la imposibilidad de ejercer las denominadas *stock options* **(36)**, destaco que no ha sido materia de discusión en la especie, que revisten carácter salarial". En este fallo ya se puede ver la tendencia a no discutir la naturaleza remunerativa del *stock option*.

Respecto del segundo punto, el fallo sostiene: "Constituye un elemento básico de este contrato de opción (en el caso, financiera), la exigencia de que el dependiente mantenga esa condición al tiempo de ejercer el derecho de opción)". Y explica que en el caso bajo examen las condiciones del plan subordinaban la posibilidad de ejercer la opción ante un despido a la existencia de un contrato laboral por escrito, lo que a juicio del Tribunal sería irrazonable y violaría el principio de igual remuneración por igual tarea. Es por ello por lo que "la terminación del contrato dispuesta por el empleador, sin causa alguna que la justifique, habilita al dependiente titular de las opciones de compra de acciones, que se ve por esa causa imposibilitado de ejercerlas por operarse el plazo para ello con posterioridad a la desvinculación, a obtener un resarcimiento".

Finalmente, el fallo analiza si el resarcimiento otorgado en concepto de privación del ejercicio de los *stock options* debe incluirse en la base remuneratoria de la indemnización por despido. El fallo, ratificando lo dicho por el juez de primera instancia, rechazó esta inclusión por no ser un concepto de frecuencia mensual (en el caso bajo examen el ejercicio de las opciones era semestral). Cabe seguirse de este criterio, que si los *stock options* tuvieran ejercicio mensual tal vez la conclusión sería diferente y correspondería la inclusión.

En el mismo año (evidentemente 2008 fue un año prolífico en fallos en la materia) el caso "Feuillassier" **(37)** versa sobre el derecho al ejercicio del *stock option* no *vesteado*, por parte del empleado en caso de despido incausado. El tribunal rechaza el reclamo del empleado.

---

duda de que el autor de la ley 20.744 no la tuvo en mira, al punto que si se la conceptúa como una oportunidad de ganancia, poco tiene de común con la propina, que fue la plataforma básica que tuvo en consideración el legislador. Digo esto porque más allá de las directrices de la ley de contrato de trabajo, existe un instituto paralelo, aunque no idéntico, que denotaría que tal ganancia no debería ser calificada jurídicamente como remuneración en el derecho argentino. Se trata del que regula el art. 43 de la ley 23.576 de Obligaciones Negociables, reglamentado por el art. 15 y ss. del decreto 156/1989, es decir, los planes gratuitos de participación del personal en relación de dependencia en los capitales de las sociedades anónimas autorizadas a realizar oferta pública de sus acciones. Allí, las sumas que las sociedades destinan a la suscripción o adquisición de sus propias acciones para atribuirlas al personal "no serán consideradas partes de indemnizaciones, sueldos, jornales o retribuciones a los fines laborales, previsionales o sociales, y por tanto estarán exentas de aportes y contribuciones de obras sociales o nombre de sus beneficiarios familiares, Fondo Nacional de la Vivienda o cualquier otro concepto similar" (art. 43, último párrafo, ley 23.576). Si en la hipótesis del art. 43 de la ley 23.576, la sociedad resigna todo el precio de la acción representativa de su capital y a esa erogación la ley niega naturaleza salarial; parecería que, en el derecho argentino, tampoco debiera calificarse de salario a la parte del precio que la sociedad de un grupo resigna como ventaja hacia sus dependientes. Es captable cierta disparidad legislativa que no encontraría justificación válida".

(35) Cámara Nacional del Trabajo, sala I, "Vázquez, Jorge Raúl c. Apache Energía Argentina SRL y otro s/ diferencias de salarios", 31/10/2008.

(36) El fallo aporta una definición que sería utilizada en casos posteriores: "las opciones de compra de acciones han sido definidas como "el derecho que, de forma onerosa o gratuita, confiere la empresa al empleado para que éste, en un plazo determinado, pueda adquirir acciones de la propia compañía o de otra vinculada, estableciéndose para ello un precio, frecuentemente el valor de la acción en bolsa el día en que se otorga el derecho, posibilitando que, tras el vencimiento del momento de ejercicio de la opción y una vez ejercitada, el trabajador pueda percibir, bien la diferencia de precio de mercado de las acciones entre ambos momentos (otorgamiento y ejercicio), bien las propias acciones al precio fijado al momento del otorgamiento del derecho..." (Sentencia del Tribunal Supremo español del 24/10/2001, citada por CABALLERO, Julio en "Tratado de Derecho del Trabajo", ACKERMAN, Mario (dir.), t. III, ps. 370/371)."

(37) CNTrab., sala V, "Feuillassier, Enrique Luis c. HSBC New York Life Seguros de Retiro Argentina SA y otros s/ despido", 26/11/2008.

En su análisis, el fallo primero explica las condiciones a que estaba sujeto el ejercicio del *stock option* y luego expresa que "a la fecha de acaecimiento de la extinción del contrato de trabajo ... no transcurrió el plazo mínimo (tres años) para ejercer la opción y comprar las acciones reclamadas, por lo que encuentro improcedente este aspecto del reclamo. (...) En el presente caso el actor dejo de ser empleado de la demandada antes de ese plazo, es decir que su derecho de opción nunca fue efectivizado ni ejercido, solo quedo en expectativa (...) No paso por alto que la desvinculación del actor obedeció a la exclusiva voluntad unilateral del demandado. De cualquier manera, hay que tener en cuenta que dicha expectativa no llego a generar un derecho" (sentencia definitiva del 29/02/2008 recaída en autos "Nassimoff, Andrés c. Johnson & Johnson Medical SA", de la Sala VII de esta Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo; RDLSS, 2008 fasc. 16, p. 1468).

Un aspecto interesante es que el mismo criterio se aplica a las *restricted shares,* con respecto a las cuales el fallo dice: "Lo propio debe decirse en relación con el reclamo referido a las "Restricted Shares no liquidadas" puesto que, según sostiene el propio demandante, la liquidación de las "acciones de transferibilidad limitada solo podrían ejercerse una vez transcurridos tres años, por lo que teniendo en cuenta el período reclamado... también cabe rechazar este aspecto del reclamo".

Dos años después (2010), el fallo "Espejo" **(38)** revisa la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido incausado. El tribunal sostiene que frente a un despido antes de cumplido el plazo del *vesting* corresponde el pago de una indemnización sustitutiva del *stock option*.

En tal sentido, el fallo explica: "Más allá de que el demandante no permaneciera bajo las órdenes de la demandada para hacerse acreedor a la opción de compra; lo cierto es que la falta de cumplimiento de dicha condición no resulta imputable al dependiente; habida cuenta que la disolución del vínculo se debió al despido incausado dispuesto por la principal (...). En otras palabras, el hecho de que el actor no haya continuado laborando para la demandada por el período exigido para hacerse acreedor de las acciones no responde a una conducta endilgable a él y, por ende, no puede verse beneficiada la empleadora por el supuesto incumplimiento del requisito cuando este se debió exclusivamente al actuar de la misma, aun cuando no haya tenido como fin inmediato eludir la obligación que aquí se analiza, circunstancia que, por cierto, no resulta del todo clara en virtud de que la ruptura se produjo cuando faltaban pocos días para cumplirse el plazo referido anteriormente. Desde otro punto de vista y si se entendiera que la cuestión fuese dudosa habría que otorgarle, de todos modos, la razón al demandante por otra circunstancia que hace que el tema deba ser interpretado en contra de la postura de la empleadora. En efecto, no surge de autos (ni siquiera la demandada adujo) alguna aclaración sobre las consecuencias de que el incumplimiento del recaudo de permanencia se deba a una decisión de la principal —que no resulta ser consecuencia de conducta alguna por parte del subordinado (v.gr.: despido sin causa)— (en tal sentido, esta Sala, SD 8475 del 11/08/2000, dictada en autos 'Vidal Norberto O. c. SBA s/ dif. de salarios')".

En el mismo año (2010), el fallo "Laffaye" **(39)** vuelve a analizar la incidencia (o no) de los *stock options* en el cálculo de la indemnización por despido incausado. En este, el tribunal decide rechazar el pedido de computar los *stock options* en forma proporcional para el cálculo de la indemnización por antigüedad.

Al año siguiente (2011) el fallo "Reboredo" **(40)** ratifica lo dicho en el ya comentado fallo Vázquez, al expresar que "con respecto a la naturaleza de las *stock options* me remito a lo que expusiera al votar en la causa "Vázquez, Jorge Raúl c. Apache Energía Argentina SRL y otro s/ diferencias de salarios" (SD 85.328 del 31/10/2008, del Registro de esta Sala I). Más allá de ello, advierto que en el *sub examine* enfrentamos un obstáculo fáctico para acceder a lo peti-

(38) CNTrab., sala X, "Espejo, Marcelo Eduardo c. Microsoft de Argentina SA s/despido", 16/02/2010.

(39) CNTrab., sala I, "Laffaye, Sergio c. BNP Paribas Sucursal Buenos Aires s/despido", 24/08/2010.

(40) CNTrab., sala I, "Reboredo, Sergio Daniel c. Bumeran.com Argentina SA", 30/08/2011.

cionado. Me explico. El actor señaló en el inicio que el 7 de abril de 2008 le fue comunicado "por mail que tengo el 0,25% de la compañía, lo que representa 42.500 acciones, con una valuación de USD 500.000...". A lo cual luego agrega que es requisito para la prueba de la existencia de un derecho de *stock option* la existencia de un contrato firmado de opción de compra, en particular, dado que la empresa tenía una política expresa que así lo exigía. En otras palabras, dado que los *stock options* solo eran para ciertos empleados, y la política era clara en el sentido de que solo accedían quienes tenían un contrato firmado, la falta de este requisito lleva a entender que se carece del derecho a *stock option*.

Al año siguiente (2012) en el fallo "Ellmann" **(41)**, que no trata acerca de *stock options* sino de acciones restringidas o diferidas *(Restricted Stock Units o RSU)* de una empresa del exterior cuyas condiciones para su liberación no se habían cumplido al momento del despido injustificado, se explica la diferencia entre *grant* (concesión del derecho) y *award* (liberación de las acciones por perfeccionamiento del derecho tras cumplimiento de su condición). Se destaca que es un fallo dividido. El voto mayoritario consideró aplicable el derecho argentino por ser un tema vinculado a la prestación de tareas laborales en la Argentina **(42)** y destacó que, si bien se insinuó, no se opuso una defensa de falta de legitimación pasiva.

En segundo lugar, se expresó a favor del carácter remunerativo de las "acciones diferidas" dado que "las acciones diferidas otorgadas al actor constituyeron remuneración a la luz del Convenio 95 de la Organización Internacional del Trabajo, norma de jerarquía supralegal (conf. Art. 75, inc. 22, párr. 1° de la CN), de los arts. 103 y 105 de la LCT (t.o.) y de las directrices que sobre la materia ha establecido la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el caso 'Pérez, Aníbal Raúl c. Disco SA' (sentencia del 01/09/2009)". Y que "[n]o modifica esa conclusión el hecho de que las acciones sean de una empresa del exterior" **(43)**.

El voto mayoritario destaca que si bien las condiciones del plan de acciones diferidas decían que los derechos se perderían en caso de terminación de la relación laboral, esta condición sería inaplicable frente a un despido sin causa concluyendo que "la demandada impidió voluntariamente el mantenimiento de la relación laboral en las fechas en que se perfeccionaría el derecho a las acciones diferidas, razón por la cual no puede invocar esa circunstancia para eximirse total o parcialmente del cumplimiento de las obligaciones pertinentes, máxime teniendo en cuenta su naturaleza salarial". En síntesis, el fallo ordena que se le pague al actor una suma de dinero en dólares estadounidenses que contemple el valor de las acciones sobre las cuales no se había cumplido la condición al momento del despido.

Al año siguiente (2013), el fallo "Linares" **(44)** vuelve a tratar el asunto respecto de la legitimación pasiva de la demandada. La Cámara analiza la apelación de un fallo de primera instancia que considera que el reclamo se debería haber dirigido a la sociedad del exterior que otorgó el *stock option*. El fallo de Cámara da por obvia y no analiza "la naturaleza salarial de las mentadas opciones, ya que ninguna de las partes

(41) CNTrab., sala V, "Ellmann, Andrés Julián c. Dow Química Argentina SA s/ despido", 08/08/2012.

(42) En el voto se expresa que "En efecto, el art. 3° de la Ley de Contrato de Trabajo dispone: "Esta ley regirá todo lo relativo a la validez, derechos y obligaciones de las partes, sea que el contrato de trabajo se haya celebrado en el país o fuera de él, en cuanto se ejecute en su territorio". El hecho de que los contratos hayan sido suscriptos por la casa matriz de la demandada no impide la aplicación en el presente caso de la norma precitada, toda vez que el actor prestó servicios en la República Argentina durante toda la relación laboral con Dow Química Argentina SA, y las denominadas "acciones diferidas" guardan vinculación con el desempeño laboral del Sr. Ellmann. Estamos en presencia de un solo contrato de trabajo que vinculó al actor con la demandada, y uno de los reclamos está fundado en unos acuerdos celebrados por el Sr. Ellmann con la casa matriz de esta última, que le otorgan derechos inescindiblemente ligados a aquella relación laboral".

(43) El fallo sostiene que el derecho del empleado a considerar remunerativas las acciones y sus reclamos es irrenunciable lo que "no sólo se desprende del art. 12 de la LCT (t.o.), sino del art. 2° de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales, cuyo texto reza en lo pertinente: "...Considérense como básicos en el derecho social de los países americanos los siguientes principios:..." "...e) Los derechos consagrados a favor de los trabajadores no son renunciables..."

(44) CNTrab., sala III, "Linares Adriana Mercedes c. Patagon.com Internacional SA - Valores Madero SA y otro s/ despido", 30/04/2013.

articula esta cuestión y la actora no solicitó la incidencia de aquellas en los rubros que reclama".

Con respecto a la responsabilidad de la sociedad empleadora por el *stock option,* el fallo luego de largo análisis del derecho nacional y de los Estados Unidos sobre la teoría del corrimiento del velo societario (*disregard of the legal entity*), aplica este instituto y hace responsable a la empresa local por las obligaciones bajo los *stock options* de la empresa del exterior. Finalmente, un punto particular de este fallo que no se presenta en los restantes, es que la Cámara considera injuria laboral suficiente el incumplimiento por parte de la empresa de los *stock options*.

Dos años después (2015) en "Gutiérrez" **(45)**, la Cámara Laboral explica que la demanda se agravia porque el fallo de primera instancia no "hizo lugar a la defensa de falta de legitimación pasiva planteada respecto de las *stock options* y porque tanto estas como las *restricted shares* fueron consideradas parte integrante de la remuneración del reclamante como gerente de la sociedad".

En su apelación, la empleadora expresa "que el actor no ha probado la cuantía de las *stock options* reclamadas y que al tiempo del despido aún no las había adquirido". El fallo ratifica lo dicho en primera instancia, esto es, por más que el *stock option* plan fue otorgado por una sociedad del exterior, y que esta sociedad es una persona jurídica distinta de la sociedad empleadora, la sociedad local empleadora debe responder frente al empleador. El fallo explica que "el punto que determina la responsabilidad de la ex empleadora consiste en que ha sido quien generó a su dependiente la oportunidad de obtener una ganancia a través de su inclusión en el mentado plan de acciones, pues, aunque resulte casi una obviedad señalarlo, lejos de oponerse o de prohibir al accionante el acogimiento a dicho beneficio, en los términos que prevé la última parte del art. 113 LCT de modo de deslindar su responsabilidad por la ganancia que eventualmente pudiese obtener el trabajador con su 'casa matriz' (en la inteligencia de que este-según afirma su parte— resulta una persona jurídica distinta), fue por el contrario quien le hizo saber del ofrecimiento en cuestión (...) y, por ende, quien otorgó el beneficio o posibilidad de obtener la ventaja patrimonial que aquí se trata (...) Consecuentemente, considero que aun cuando el concedente no sea el empleador directo del tomador o las acciones de que se trate no sean del propio empleador, existe una vinculación directa entre la concesión de las opciones y el contrato de trabajo".

Para agregar que el despido incausado no hace que el empleado pierda su derecho a ejercer los *stock options* futuros (no *vesteadas*), la Sala indicó que "ha sido la empleadora quien, a través de un acto ilícito, como resulta el despido por ella dispuesto, ha truncado dicha obtención de ganancia. Cabe aclarar que el hecho de que la obligación estuviese sujeta a una condición, consistente esta esencialmente en la permanencia del trabajador en el empleo por el plazo de tres años, no significa que —como desliza la accionada— se trate de una mera expectativa y no de un derecho del trabajador, toda vez que el acto ilícito del despido incausado decidido por la ex empleadora (conf. art. 1066 Cód. Civil), ha sido el que determinó el daño provocado al actor por la pérdida de la ganancia que aquí se trata (conf. Arts. 1068 y 1069, ídem)".

Finalmente, cuatro años más tarde (2019) en el fallo "Paz" **(46)** el juez de primera instancia admitió el reclamo del empleado en relación con "las diferencias pretendidas por el actor en concepto del valor de las acciones de las que se vio privado en razón del despido incausado dispuesto por la empleadora... En tal sentido, consideró que la demandada había incurrido en un uso abusivo del *ius variandi* (art. 66 LCT) al modificar unilateralmente en septiembre de 2013 las condiciones a las que había supeditado la entrega de las acciones RUR (*restricted unit rights*) convenidas dentro del 'Plan de incentivos a largo plazo' que se le otorgó como beneficio al momento de incorporarse al empleo ... En ese sentido, precisó los alcances de la cláusula inicialmente pactada por las partes, el deber de interpretarla de buena fe y según lo que las partes entendieron o pudieron entender obrando con cuidado y previsión según los arts. 63 de la LCT y 1198 del Cód. Civil (entonces vigente) y

(45) CNTrab., sala II, "Gutiérrez, Raúl Luis c. Chubb Argentina de Seguros SA s/ despido", 06/03/2015.

(46) CNTrab., sala C, "Paz, Gregorio Marcial c. Oroplata AS s/ diferencias de salarios", 08/05/2019.

el reconocimiento del carácter salarial del rubro por parte de la obligada, circunstancias por las que concluyó que la modificación ulteriormente impuesta por la empleadora como condición para percibir dicho beneficio importó una afectación de la intangibilidad salarial que resultaba inoponible al trabajador en tanto vulneraba derechos laborales de orden público (conf. art. 12 LCT)". La Cámara ratificó la decisión. Lo más destacable del caso es que justamente el actor se considera despedido a partir de la modificación de las condiciones de los *restricted unit right*, que son considerados suficientemente importante como para que su modificación sea un *ius variandi* abusivo.

VIII. Aspectos fiscales y cambiarios argentinos

Bajo el art. 82, los incs. c) y f) de la Ley del Impuesto a las Ganancias disponen que constituyen ganancias de cuarta categoría las provenientes del trabajo en relación de dependencia y de las funciones de director de sociedad anónima, sociedades de responsabilidad limitada, en comandita por acciones y en comandita simple y que "también se considerarán ganancias de esta categoría las compensaciones en dinero y en especie y los viáticos que se abonen como adelanto o reintegro de gastos, por comisiones de servicio realizadas fuera de la sede donde se prestan las tareas, que se perciban por el ejercicio de las actividades incluidas en este artículo". Destacamos que existirá renta de fuente argentina, en este caso, siempre que el trabajo sea realizado en Argentina.

En lo que hace al tratamiento fiscal cabe mencionar que el art. 177 del Decreto Reglamentario de Ganancias (que en el anterior texto ordenado era el art. 110) dispone, bajo el título "Compensaciones en Especie", en su segundo párrafo que, "[t]ratándose de compensaciones consistentes en opciones de compra de acciones de la sociedad o de otra perteneciente al grupo, la diferencia entre el costo de adquisición y el valor de cotización o, en su defecto, del valor patrimonial proporcional al momento del ejercicio de la opción, se considerará ganancia de la cuarta categoría".

Es decir, en el caso de las opciones de compra de acciones otorgadas a empleados en relación de dependencia y directores, la diferencia entre el valor de compra y el valor de cotización o valor patrimonial proporcional ("VPP") al momento del ejercicio de la opción se considera una renta derivada del ejercicio del trabajo personal. Lo dicho significa dos cosas. Por un lado, que esta renta se encuentra gravada a escala del 5% al 35% (esto es, no está sujeta a la alícuota del 15% propia de las ganancias de capital). Por otro lado, que la renta debe imputarse al período en que se ejerce la opción (esto es, no se permite considerar que simplemente ha existido una compra por un menor valor) sin importar si la *stock option* se paga con acciones o con dinero en efectivo **(47)**.

La pregunta que se impone es qué pasará cuando se venda la acción que se ha adquiri-

(47) Antes de este artículo del decreto reglamentario existió una discusión sobre el tratamiento fiscal de los *stock options*. El caso más conocido fue "Almirón, Juan Manuel s/recurso de apelación", de la Sala C, del Tribunal Fiscal de la Nación, del 03/07/2013, en el cual se analiza el tratamiento frente al Impuesto a las Ganancias en 1998 del ejercicio de una opción de compra de acciones de The Coca Cola Company (otorgada por la casa matriz en los Estados Unidos en noviembre de 1994). Tal como explica el fallo, las opciones fueron ejercidas en marzo de 1998 y "recién en noviembre de 1998 se dictó el decreto 1344 que acoge el art. 110 del Reglamento de la Ley de Ganancias" que luego del reordenamiento del texto del Decreto pasara a ser el actual 177 del Decreto Reglamentario. El Fisco gravó la diferencia entre el precio pagado (costo de adquisición) y el valor de mercado, esto es, aplicó el criterio del Decreto Reglamentario. El Fallo fue a favor del contribuyente dado que consideró que los *stock options* carecían de la periodicidad necesaria para que esté gravada la renta, y consideró que el Decreto Reglamentario avanzó ilegítimamente por sobre la ley (lo que está vedado en materia tributaria por el principio de legalidad). Este fallo fue apelado por el Fisco y fue objeto de una sentencia de la Sala I de la Cámara Contencioso Administrativo Federal del 20 de octubre de 2016 en la que se consideró a los resultados por *stock options* como ganancias gravadas de la cuarta categoría (esto es, rentas emergentes del trabajo personal) y al Decreto Reglamentario como una correcta reglamentación de la forma de cálculo de esta ganancia gravada. Este caso tuvo, además de los fallos ya citados, fallos en sede penal. Cabe mencionar el fallo de la Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Penal Económico del 31 de octubre de 2008 en que confirma la sentencia de primera instancia en que se eximió al acusado de sanción considerando que existió un error de prohibición invencible pues el mismo había actuado siguiendo un asesoramiento profesional confiable. Frente a una apelación de la AFIP a la Cámara Nacional de Casación Penal, la Sala IV rechazó la queja con fecha 13 de noviembre de 2008 quedando firme el sobreseimiento.

do en virtud del *stock option*. En caso de que la acción no cotice en un mercado institucionalizado regulado por la CNV, la venta estará gravada al 15%. En el caso que sí cotizara, sería una venta exenta. Con respecto a la base imponible, correspondería tomar la diferencia entre el precio de venta y el costo de las acciones. En el caso bajo examen, el precio pagado por las acciones, estrictamente, sería el precio del ejercicio de la opción. Sin embargo, dado que la diferencia entre el valor de cotización o VPP y el precio de ejercicio se reconoce como renta de cuarta categoría, tributándose sobre ella, entendemos que lo razonable es tomar como costo el precio de ejercicio de la opción más esta diferencia, que se incorpora como costo, en la medida que la situación es equivalente a percibir una remuneración y con ella adquirir los títulos a valor patrimonial proporcional (VPP) o valor de cotización.

En lo referente al impuesto sobre los bienes personales, cabe destacar que no se es titular de ninguna acción hasta que se ejerce la opción y se la adquiere y, por lo tanto, no correspondería que se considere dichas acciones a los fines de este impuesto en Argentina.

Finalmente, en lo que hace a los temas cambiarios, bajo las actuales normas cambiarias se debe "liquidar", esto es, convertir toda divisa a Pesos que deben ser acreditados en una cuenta bancaria local, todo resultado emergente de una exportación de servicios o la venta de un activo no financiero no producido. Por el contrario, no están sujetos a esta obligación los dividendos de acciones del exterior ni los resultados por la venta de estos. Asimismo, tampoco estarían sujetos a esta obligación los pagos emergentes de una relación de dependencia.

IX. El derecho de los Estados Unidos

En lo que hace a la instrumentación, cabe asumirse que hablamos de una CCorp **(48)** y que existe un "*stock option* plan" que establece las condiciones generales para el otorgamiento de los *stock options* por la compañía, y que fue elaborado por el directorio y aprobado por los accionistas de la compañía. Posteriormente, el directorio (o un comité compuesto por ciertos directores que suele llamarse comité de compensaciones o comité de *stock options*) otorga las opciones estableciendo los aspectos concretos (cantidad de acciones, precio, fechas para ejercicio, qué ocurre en caso de evento de liquidez, y cualquier otro punto concreto) y luego un representante de la compañía firma los acuerdos de *stock options* o *stock option agreements* (si es un único documento se habla de *stand alone stock option agreement*) **(49)**.

Si bien es un tema fiscal, la primera de las clasificaciones que encontraremos es la que distingue entre *Incentive Stock Options* ("ISOs") y *Non Qualified Stock Options* ("NQSOs").

La calificación de una *stock option* como ISO depende del cumplimiento de diversos requisitos que se vinculan con: (i) la no disposición de acciones en un determinado período y el carácter de empleado de la sociedad que otorga la opción conforme lo reglamenta el *Internal Revenue Code*; (ii) la existencia de un plan de *stock options* que cumpla ciertos requisitos tales como (a) que las opciones sean otorgadas dentro de determinado plazo de la adopción del plan; (b) que no pueda ejercerse la opción más allá de determinado plazo; y (c) ciertos requisitos en relación con el precio de ejercicio y limitaciones de transferencia.

Aquellas *stock options* que no cumplan con los requisitos para ser consideradas ISOs, constituirán NQSOs. Las NQSO tributan el *Federal Income Tax* de la siguiente manera: (i) si al momento del otorgamiento de la opción, esta tiene un valor de mercado determinable, el empleado debe reconocer como ingreso la diferencia entre dicho valor de mercado y el monto pagado por el otorgamiento de la opción, si hubiera existido alguno. Como principio general, la opción no tendrá un valor de mercado determinable si no puede ser activamente comercializada en un mercado, pero hay ciertos casos en que aún en ausencia de dicha posibilidad se considera que existe un valor de mercado determinable; (ii) si

(48) Esto es, una sociedad por acciones o *Corporation,* que es un sujeto fiscal que paga un 21% sobre sus ganancias devengadas, y que cabe asumirse debe retener sobre sus pagos de dividendos.

(49) Para modelos ver: Clerky Legal Documents for Startup Equity Compensation. En conjunto con Y Combinator. https://www.clerky.com/yc-stock-plan-forms.

al momento del otorgamiento de la opción, esta no tiene un valor de mercado determinable, la *stock option* tributará al momento de ejercicio y se pagará sobre la diferencia entre el valor de mercado y el monto pagado por el ejercicio de la opción: (iii) en ambos casos, la venta de la acción adquirida tributará como ganancia de capital.

En el caso de las ISO, asumiendo que todos los requisitos normativos se cumplen, el tratamiento en el *Federal Income Tax* sería el siguiente: (i) como principio, no aplica impuesto al momento del otorgamiento de la opción ni del ejercicio; (ii) el sujeto reconocerá la renta al momento de la venta de las acciones adquiridas, siempre que se cumplan ciertos requisitos (debe tratarse de una *qualyfing disposition*, que implica la tenencia de la acción por determinado período de tiempo). En este caso, la renta tributará como ganancias de capital; (iii) si la venta no encuadra como *qualyfing disposition*, entonces el tratamiento aplicable será el de las NQSO y la renta tributará como ingreso ordinario. Hay que tener en cuenta que en ciertos casos podría resultar aplicable el *Alternative Minimum Tax* ("AMT") y que pueden existir variantes en cada caso.

Un punto importante para tener en cuenta es que, en principio, cuando la renta debiera considerarse ingreso ordinario/remuneración, si quien la recibe es un sujeto no residente en Estados Unidos y que nunca ha trabajado en dicho país, en principio, no estaría gravada. Si hubiera trabajado en Estados Unidos sí estaría gravada, pero correspondería analizar si en su totalidad o en parte. Cuando la renta debiera tributar como ganancias de capital, en principio, los sujetos no residentes no se encuentran gravados por estas ganancias.

Cabe destacar que, dado que los *warrants* son *securities*, se debe ser muy cuidadoso de que no exista una oferta pública no autorizada. Cabe recordar que bajo el fallo "Ralston Purina" la Corte Suprema dejó sentado el caso en que el hecho de que la oferta se restrinja a los empleados no es suficiente para que sea una oferta privada **(50)**. Similar comentario se aplica a las leyes estaduales **(51)**.

En lo que hace al derecho laboral en los Estados Unidos, nos permitimos citar dos fallos del Estado de California, destacando que las reglas para otros Estados son diferentes.

El primer fallo es "Neisendorf vs. Levi Strauss Co" **(52)**. en el cual una empleada despedida, la Sra. Neisendorf, inició un juicio a Levi Strauss & Co reclamando varios aspectos, todos los cuales o bien los desistió o bien perdió en primera instancia. Ante esta sentencia, apeló dos rubros, uno de los cuales consistió en sostener que tenía derecho a un pago bajo el plan de acciones para líderes de la compañía. El propio plan decía que, si un empleado era desvinculado por baja performance antes del *vesting*, no tendría derecho al bono que usualmente se pagaba en febrero de cada año. En la sentencia de primera instancia, se determinó que la terminación del contrato por baja performance fue anterior al momento en que debía ser empleada para *vestear* sus las acciones, por lo que bajo los propios términos del plan el empleado no tenía derecho a las acciones. En su apelación la empleada sostuvo que estas condiciones violaban el Código Laboral de California y por ende eran inválidas. En tal sentido alegó que los bonos (incluyendo los *stock options*) son sueldos, y que habiendo trabajado durante gran parte del año el sueldo

(50) Nos referimos al *leading case* de 1953 "Securities and Exchange Commission v. Ralston Purina Co." de la Corte Suprema de Justicia de los Estados Unidos de amplia aplicación por la SEC. 346 U.S. 119 (1953). Para un análisis de fallo y de la diferenciación de la oferta pública de la privada en la Argentina y los Estados Unidos nos remitimos a: MALUMIÁN, Nicolás, "Oferta Pública y Privada de Valores Negociables: De los Cartulares a los Criptoactivos", RDCO 305, 209, noviembre-diciembre 2020. Con respecto a la SEC Rule 701 relativa a la excepción para la oferta y venta de valores negociables para ciertas compensaciones y planes de beneficios ver: Cornell Law School, Legal Information Institute https;//www.law.cornell.edu/cfr/text/17/230.701

(51) Por ejemplo, en el caso de Californio el Corporations Code section 25102(o).

(52) NEISENDORF, Barbara J., "Plaintiff and Appellant", v. LEVI STRAUSS & CO. et al., Defendants and Respondents, de la Corte de Apelaciones, Primer Circuito, División 4, del Estado de California, No.A109826, del 29 de agosto 2006. Cita: 143 Cal.App.4th 509, 524.

le era debido, y que la expresa disposición del plan que decía que debía ser empleada al momento del *vesting* era ilegal y debía ser declarada nula. Esto es, se la estaba privando de una remuneración devengada. La Cámara estableció que es correcto considerar a los bonos como salario en los términos del art 200 del citado Código Laboral **(53)** pero que no existe ningún elemento que transforme una expectativa de remuneración (acciones no *vesteadas*) en un derecho adquirido. La Cámara explica que la definición del bono como sueldo protege al empleado que ha adquirido el derecho (*vesteado* sus acciones) a que este le sea pagado y que el empleador no pueda decir que es una donación inexigible.

El fallo explica en una nota al pie que existe jurisprudencia que sostiene que no se tiene derecho a un bono si se ha sido despedido con justa causa. Asimismo, destaca que estamos frente a una empleada jerárquica con gran sofisticación en su entendimiento financiero. Finalmente, la Cámara se preocupa en aclarar que el fallo no debe interpretarse en el sentido de privar de *vesting* de las acciones a quien fuera despedido de forma ilegítima y luego de prestar servicios por el período comprendido en el análisis del bono. Asimismo, cita jurisprudencia en el sentido de que quien renuncia pierde derecho al bono (*stock option* en nuestro caso). En síntesis, si las condiciones del *stock option* son claras, solo en un caso de un despido ilegítimo (esto es, uno por razones contrarias a derecho y no por mala performance u otros motivos válidos) se podría entender que se debe considerar que se han *vesteado* las acciones.

El segundo fallo es "Schachter vs. Citigroup" de la Suprema Corte de California en el que se confirma la decisión de la Cámara con reiteradas citas al fallo "Neisendorf" **(54)**. Tal como explica el fallo, el banco ofreció un plan de incentivos que le daba al empleado acciones restringidas **(55)** a cambio de una parte de la compensación en efectivo. La obvia ventaja era la posibilidad de adquirir las acciones al 25% de su valor de mercado pudiendo diferir la ganancia a fines fiscales hasta el momento del *vesting*. Los empleados acordaban bajo este plan que si renunciaban o eran echados con causa antes del plazo del *vesting* perderían el derecho a recibir en forma definitiva las acciones y el pago en efectivo. Si, en cambio, fueran echados sin causa, perdería las acciones, pero recibirían un pago en efectivo igual al que hubieran recibido si nunca hubiera entrado al plan. La Corte Suprema de California analizó si esta disposición violaba los arts. 201, 202, y 219 del Código Laboral de California, que, entre otros puntos, proveen que los empleados deben ser pagados todos los salarios ganados no pagados al momento de la terminación de la relación laboral o su renuncia y prohíbe acuerdos que busquen evitar este requerimiento. En tal sentido decidió que las disposiciones del plan analizado no violaban el Código Laboral porque no había un salario ganado impago, sino que este nunca se había ganado y por ende no debía pagarse. Cabe destacarse que el fallo hace una diferenciación con otros derechos, como por ejemplo el pago de vacaciones. El fallo explica que en el caso de las vacaciones pagas, el derecho se va devengando día a día y por ende no sería válida una cláusula que diga que solo se pagarán las vacaciones si se trabaja hasta cierta fecha **(56)** pero que en el caso del *vesting* de acciones el derecho solo nace si se cumplen con las condiciones establecidas en el plan de *stock options* o *restricted shares*. La Corte aclara que el pago de vacaciones es una compensación por servicios prestados mientras que un *stock option* plan es una inducción por servicios futuros. En otras palabras, como los *stock options* son incentivos para servicios eficientes y leales, deben ser interpretados en consecuencia.

(53) El fallo cita en su apoyo la siguiente jurisprudencia: Lucian v. All States Trucking Co. (1981) 116 Cal. App.3d 972, 975, 171 Cal. Rptr. 262 (Lucian); Ware v. Merrill Lynch, Pierce, Fenner & Smith, Inc. (1972) 24 Cal. App.3d 35, 44, 100 Cal. Rptr. 791.

(54) David B. Schachter, v. Citigroup,Inc., et al., de la Suprema Corte de California, del 2 de noviembre de 2009, Cita: 47 Cal. 4th 610, 218 P.3d 262, 101 Cal. Rptr. 3d 2.

(55) Estas acciones sí le daban derecho al cobro de dividendos y votar con las mismas, pero no podían ser vendidas por 2 años. En el caso en que no se diera el *vesting* debía devolver las mismas.

(56) Citando el fallo Suastez v. Plastic Dress-Up Co. (1982) 31 Cal.3d 774 de la misma Corte de California.

X. Comentario final

En síntesis, existen múltiples restricciones legales en la Argentina que hacen muy difícil, sino imposible, implementar un *stock option plan* sobre acciones de la propia compañía que tengan su *vesting* a lo largo de algunos años y que sean integradas con el trabajo personal de empleados, directores y profesionales. Este esquema sí existe y es común en los Estados Unidos, razón por la cual los planes son instrumentados por sociedades en ese país. En el caso de *startup*, cabe asumirse que serán implementados por su *holding* en el exterior.

DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Comentarios Jurisprudenciales

JUSTICIA GRATUITA

Beneficio del consumidor. Interpretación del art. 53 de la LDC.

Con notas de Leandro M. Castelli y Alejo M. Gascón / Franco Raschetti

> El beneficio de justicia gratuita que dispone el art. 53 de la ley 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente **[1].**

CNCom., en pleno, 21/12/2021. - Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/199174/2021]

JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] En Corte Suprema de Justicia de la Nación, "Acuden", 28/10/2021, TR LALEY AR/JUR/170251/2021 y "ADDUC y otros", 14/10/2021, TR LALEY AR/JUR/159295/2021.

Expte. N° 757/2018

2ª Instancia.- Buenos Aires, diciembre 21 de 2021.

"¿El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente?".

Los doctores *Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva* y *Tevez* dijeron:

1°) El régimen normativo argentino de defensa de los usuarios y consumidores fue conformándose paulatinamente en sucesivas etapas, verificándose la primera de ellas en el mes de octubre de 1993, oportunidad en la cual el Congreso de la Nación sancionó la ley 24.240.

Tal hecho significó un claro avance sobre la legislación existente, al reconocer valiosos derechos en favor de los usuarios o consumidores.

A partir de allí, emergió en nuestro ordenamiento jurídico un verdadero y amplio sistema de protección del consumidor que partió del reconocimiento de la situación de inferioridad en la que se encuentra en relación a su proveedor y persiguió el deseo de consagrar una protección adicional a quien se mantiene en una situación de debilidad estructural: el consumidor.

En lo que a la cuestión sometida a plenario importa, cabe referir que la redacción original del art. 53 del Proyecto de Ley 24.240 en su parte pertinente preveía el "beneficio de justicia gratuita" para toda actuación judicial iniciada de conformidad a dicho régimen legal.

Recordemos que dicha norma sufrió el veto por el Poder Ejecutivo mediante decreto 2089/1993, en tanto se consideró que "el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encuentra regulado en forma específica por las leyes provinciales locales y torna innecesaria la previsión del artículo 53, la que por otra parte podría alentar la proliferación de acciones judiciales injustificadas" (art. 8°).

Es decir, el veto presidencial advirtió que "beneficio de justicia gratuita" fue entendido y concebido en semejanza al "beneficio de litigar sin gastos" del Cód. Procesal Civil y Comercial de la Nación.

Con la reforma constitucional del año 1994 se profundizó la tutela introducida por la ley 24.240, al consagrar en el nuevo art. 42 de nuestra Carta Magna que, "los consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección y a condiciones de trato equitativo y digno", y otorgando de tal modo jerarquía constitucional al principio protectorio del usuario o consumidor.

Del mismo modo, la reforma incorporó los tratados internacionales con jerarquía constitucional del artículo 75 inciso 22, entre otras normas directas e indirectas de protección al consumidor en nuestra ley fundamental federal.

Por su parte, el proyecto de ley 26.361 propuso modificar el art. 53 de la ley 24.240, reinstalando el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito —y que fuera vetado al promulgarse la ley 24.240— estableciéndose la posibilidad de que la demandada alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio y obligando a los jueces a ponderar la proporcionalidad entre monto, costos del juicio y situación patrimonial de las partes, al imponer las costas. (art. 26).

También propició adicionar al art. 55 de la primigenia ley de Defensa del Consumidor el beneficio de justicia gratuita a las asociaciones de consumidores (art. 28).

Del debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, se desprende que la distinción entre los conceptos "beneficio de justicia gratuita" y "beneficio de litigar sin gastos"

obedeció a que en el último se incluye la tasa de justicia; así, al constituir tal tributo un recurso de orden local, su exención no podía —por respeto a las autonomías provinciales— figurar en una ley de fondo, por lo que la única interpretación posible es que en las provincias el "beneficio de justicia gratuita" comprende las costas que irrogue un proceso judicial iniciado de conformidad a la Ley de Defensa del Consumidor —con las salvedades allí establecidas— sin que se incluya dentro del mismo a la tasa judicial, aspecto sobre el cual habrá de estarse a lo que dispongan las respectivas jurisdicciones (CNCom., Sala F, *in re* "Aparicio, Myriam S. y otros c. Caja de Seguros SA" del 11/11/2010).

Se concluyó en el citado antecedente que "...en el orden nacional, cabe asimilar ambos beneficios ("de justicia gratuita" y "de litigar sin gastos") conforme lo estatuido en el art. 78, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que el actual art. 53 incluye no solo la tasa de justicia sino también las costas que irrogue un proceso judicial iniciado conforme dicha normativa, siempre que aquellas sean impuestas a su promotor...".

Así, cuando la acción sea iniciada invocando la defensa de los derechos resguardados por la ley de defensa del consumidor, el régimen de gratuidad es aplicable *ex lege* y la demandada no podrá removerlo a menos que mediante incidente demuestre la solvencia del consumidor.

Esta interpretación, conduce a una asimilación estricta entre el "beneficio de justicia gratuita" de la ley de defensa de los derechos de consumidores y el "beneficio de litigar sin gastos" contemplado en el ordenamiento procesal.

Luego de la sanción de la ley 26.361 (art. 26), el art. 53 de la ley 24.240 quedó redactado de la siguiente forma: "Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual, gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio".

De su lado, la parte final del art. 55 establece que "Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita".

Estas disposiciones con su actual contenido normativo, han sido interpretadas diversamente tanto en doctrina como en jurisprudencia existiendo quienes se manifiestan por la tesis "amplia" la cual los aquí firmantes adherimos - que concibe al "beneficio de justicia gratuita" como comprensivo de todo tipo de costos y costas que pudiera generar la tramitación del proceso; y quienes apoyan la tesis "restrictiva" que entiende que el referido instituto solo dispensa al consumidor de los gastos judiciales pero sin incluir los honorarios de los profesionales intervinientes.

Dicha división refleja la necesidad del dictado de este plenario.

2°) Si bien la cuestión podría ser objeto de diversas interpretaciones, como se adelantó, el debate legislativo de la norma en discusión permite arribar a la postura amplia que aquí se propone convertir en doctrina legal.

El Senado de la Nación en la sesión del 19/12/2007 evaluó el proyecto elevado por la Cámara de Diputados manifestándose varios de los senadores en relación a la nueva redacción propuesta a los arts. 53 y 55, en los siguientes términos:

a) Giustiniani expresó la necesidad de abordar "la cuestión de la gratuidad en cuanto a las acciones judiciales..."; b) Fernández respondió que "ello había sido originariamente vetado... porque la gratuidad es un instituto que pretende... favorecer a quienes por insuficiencia en los medios económicos no pueden acceder a la Justicia y... cualquier consumidor tiene asegurada la gratuidad acreditando la carta de pobreza..."; c) Naidenoff adujo que "si bien existe... una errónea redacción... es importante... garantizar el beneficio de la gratuidad... (pudiendo consignarse)...de litigar sin gastos...".

Ello fue refutado por la senadora Escudero, al sostener que tal previsión confundía "las competencias nacional con las provinciales.... (por cuanto)...la tasa de justicia es un recurso local de las provincias... (no pudiendo obligárselas)...a que... acepten este beneficio de litigar sin gastos, porque se trata de un tema local... (y no corresponde en)...una norma de fondo... hablar de la gratuidad o no, porque es un tema... local".

Morales explicitó que al discutirse la sanción de "una norma que consolidará y reglamentará un derecho establecido en la Constitución, que es de orden público y de aplicación para los usuarios y consumidores de todo el país... está bien establecer el principio de gratuidad..."; postura a la que adhirió Martínez sosteniendo que "la gratuidad es un tema fundamental... (por lo que resultaba correcto se)...contemple el beneficio de litigar sin gastos".

Guinle —último orador— respondió la observación efectuada por Escudero, aclarando que "esta es una ley de fondo, pero... la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales... (por lo que cabe)...establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo, e invitar a que las provincias adhieran a la iniciativa".

Esta propuesta fue conformada por el resto de senadores, lo que llevó al presidente de la Cámara (Pampuro) a establecer que el artículo 26 —modificatorio del art. 53— quedaba redactado "tal como lo propuso el senador Guinle", aclarando Naidenoff que al —artículo 53—... (se le incorpora)...el apartado de la sanción de la Cámara de Diputados, donde se garantiza el beneficio de la justicia gratuita... (esto es, que)...las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley, en razón de un derecho de interés individual, gozan del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio... De la misma manera, para las acciones de incidencia colectiva... (se garantiza)...el beneficio de la gratuidad".

La reseña efectuada permite extraer las siguientes conclusiones: a) según el razonamiento de los legisladores el "beneficio de justicia gratuita" es sinónimo del "beneficio de litigar sin gastos" —en los términos del art. 78 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación—; interpretación que se funda en lo explicitado en el veto que el PE efectuó al originario art. 53 (dto. 2089/93). Ergo, es dable sostener que la exención prevista en la ley 24.240 comprendía no solo el pago de la tasa de justicia sino también las costas que se impusieran a quienes impetraran una acción en los términos fijados por la ley; y b) surge de los debates de los senadores que la distinción entre los conceptos "beneficio de justicia gratuita" y "beneficio de litigar sin costas" —como se adelantó— obedeció a que en el último se incluye la tasa de justicia; así, al constituir tal tributo un recurso de orden local, su exención no podía —por respeto a las autonomías provinciales— figurar en una ley de fondo, por lo que la única interpretación posible es que en las provincias el "beneficio de justicia gratuita" comprende las costas que irrogue un proceso judicial iniciado de conformidad a la LDC —con las salvedades allí establecidas— sin que se incluya dentro del mismo a la tasa judicial, aspecto sobre el cual habrá de estarse a lo que dispongan las respectivas jurisdicciones.

Conforme el examen precedente y en el orden nacional, cabe asimilar ambos beneficios ("de justicia gratuita" y "de litigar sin gastos") conforme lo estatuido en el art. 78, Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por lo que el actual art. 53 de la LDC incluye no solo la tasa de justicia sino también las costas que irrogue un proceso judicial iniciado conforme dicha normativa, siempre que aquellas sean impuestas a su promotor y no prospere el incidente de solvencia al que se encuentra facultada la demandada (CNCom., Sala B, *in re* "Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos" del 24/08/2016).

3°) Agréguese que el espíritu tuitivo de la ley de defensa del consumidor, de la carta Magna y sus modificatorias, fue consagrado en forma expresa en el Cód. Civ. y Comercial con la sanción de la ley 26.994.

Este Código ha venido a significar un importante avance respecto de los derechos del consumidor, toda vez que ha colocado la disciplina en el centro de la escena del derecho privado, a la par de haberse llevado a cabo importantes ajustes normativos tendientes a la "actualización" de ciertos institutos que exigían cambios, sobre la base del carácter dinámico de la materia... Pero el solo hecho de incorporarse el denominado "núcleo duro" del derecho del consumidor al Código significará su descubrimiento de manera inmediata por parte de muchos actores que de otra manera no hubieran observado la disciplina. Es al día de hoy que podemos repasar sentencias judiciales que si bien recogen los principios del régimen del consumo, siguen aplicando el Cód. Civil, o por lo menos lo hacían hasta su reemplazo por el nuevo texto.

Debe dejarse en claro, sin embargo, que los aspectos del derecho del consumo abordados en el nuevo cuerpo legal, no significan bajo ningún aspecto una preeminencia en relación a los tópicos no abordados ni mucho menos que estos últimos tengan menor relevancia, sino que por el contrario, se apuntó a enriquecer el estatuto consumerista con modernas normas para ser integradas al resto, con base en el ya clásico principio de que en las casos dudosos, debe estarse a la solución que favorezca al sujeto tutelado. Este Código, viene a poner a la disciplina que regula las relaciones de consumo en su máxima expresión, toda vez que jerarquiza la materia al considerarla parte central del derecho privado y al profundizar el nivel de protección en cuestiones centrales (cfr. Wajntraub, Javier H., "El fortalecimiento de los derechos del consumidor en el Código Civil y Comercial").

No escapa al criterio de los suscriptos que durante la sanción del Código y la actualización de leyes vinculadas, no se modificó el término "beneficio de justicia gratuita", mas ello debe interpretarse como una ratificación a las modificaciones implementadas mediante la Ley N° 26.361, en tanto es claro que el legislador no tuvo intención alguna de limitar el alcance de las protecciones brindadas por la ley especial.

El beneficio de gratuidad llevaba muchos años de existencia y aplicación en los tribunales al momento

de la sanción del código unificado, plazo más que razonable para que el legislador haya podido evaluar las consecuencias de su incorporación a la Ley N° 24.240 y no mereció modificaciones ni limitaciones.

A lo que cuadra añadir que las reglas de hermenéutica que fijó el Cód. Civ. y Com. de la Nación, con su innovadora impronta de "diálogo de fuentes" y "constitucionalización del derecho privado", también conducen necesariamente a considerar que el beneficio conferido supone la gratuidad de todo el proceso.

En efecto, de conformidad a lo dispuesto en los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el concepto amplio de justicia gratuita para los consumidores encuentra asidero interpretativo no solo si se tienen en cuenta las palabras utilizadas en la norma, sino también si se las coteja armónicamente con la finalidad de la Ley de Defensa del Consumidor —de innegable carácter protectorio— y con los principios y valores jurídicos que inspiran a toda la normativa de defensa del consumidor desde la propia Constitución Nacional y en sus puntos de conexión con los instrumentos internacionales de derechos humanos: "protección estatal al débil jurídico", "in dubio pro consumidor", "protección a los intereses económicos", "acceso a la justicia", "principio pro homine", entre otros (Darcy, Norberto C., "Otro fallo que reaviva la incertidumbre sobre el beneficio de justicia gratuita en las acciones de defensa del consumidor", LA LEY, 2019-E, 490).

4°) Es necesario recordar que el derecho del consumidor nace y se estructura sobre un pilar básico que le da sentido a todo el sistema: la existencia de desigualdad sustantiva y estructural en las relaciones de consumo. Una desigualdad que requiere de la intervención niveladora del derecho —en todos sus niveles y potencialidades— para evitar las injusticias que de ella resultan (Galeazzi, Mariela y Verbic, Francisco "Acciones colectivas y beneficio de justicia gratuita", LA LEY, 2014-E, 462).

Así, se ha expuesto con acierto en cuanto concierne al fundamento de la tutela legal que consagra la Ley de Defensa del Consumidor, que la finalidad del beneficio de justicia gratuita es posibilitar al consumidor el acceso a los tribunales disminuyendo las barreras que obsten a un reclamo efectivo, que no están dadas únicamente por la pertenencia de los consumidores a una condición humilde o de escasos recursos.

Sin esta gratuidad, solo los consumidores con recursos podían acceder al sistema de protección ya que justamente los que carecen de recursos debían recurrir al beneficio de litigar sin gastos, que implica un proceso con costos implícitos en sí mismo.

Ello, si se tiene en cuenta que el consumidor está en una posición de debilidad, en principio, porque posee menos información y también puede estar en una situación de inferioridad o asimetría en relación a la cuantía de su reclamo y los gastos fijos mínimos que pueden insumir la defensa de su derecho.

Si la parte carente de recursos estuviera obligada a iniciar un incidente de beneficio de litigar sin gastos para eximirse de pago de costas, se enfrentaría a un nuevo proceso sujeto a la producción de prueba, a la intervención del Representante del Fisco, a las impugnaciones que plantee la contraria, en suma, a una cantidad de recaudos hasta el dictado de una sentencia de beneficio, que desvirtuaría los principios tutelares que inspiraron la ley: la protección del usuario y consumidor y la celeridad del proceso judicial mediante el cual se intenta restablecer el equilibrio de la relación contractual con las empresas de productos y servicios (Cfr Picasso, Vázquez Ferreira, "Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2009, p. 672).

En refuerzo de estas ideas, Frúgoli se pregunta: ¿garantizar el acceso a la justicia como beneficio de litigar sin gastos, protege mayormente a los intereses económicos de los consumidores de que habla el art. 42 de la constitución Nacional? ¿Es dicha gratuidad amplia congruente con una legislación con procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflicto de que habla el art. 42, o acaso requiere que el consumidor deba iniciar un trámite incidente para probar su insolvencia?, a lo que responde que "la inteligencia constitucionalizadora de los derechos del consumidor, empuja a la solución que más beneficia a los mismos, es decir, la consagración de un beneficio de litigar sin gastos *prima facie* automático" (Frúgoli, Martín A., "En busca del orden interpretativo en el actual beneficio de justicia gratuita de la ley del consumidor", el Dial DC1787). Siguiendo esta línea, gran parte de la doctrina especializada se inclinó por la tesis amplia (ver Sahián, José H., "Dimensión Constitucional se la Tutela Judicial Efectiva de los Consumidores", SJA 07/02/2018, 173; JA, 2018-I, 1309).

Desde el análisis económico del derecho se afirma claramente que los incentivos financieros, tales como la asignación de costos del proceso, influyen en el comportamiento de los litigantes (Veerek, Lode en Spector, Horacio, "Elementos de Análisis Económico del Derecho", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2004, p. 186).

Si el sujeto vulnerable, que en términos generales soporta una aguda desproporción de recursos con el proveedor potencialmente demandado, corre con la incertidumbre de cargar con los costos del litigio, es probable que no lo promueva, a pesar de haber sufrido un daño injusto. En el ámbito colectivo, esto se

ve profundizado pudiendo ser en definitiva un freno para que las asociaciones de consumidores ejerciten sus funciones. En consecuencia, la disquisición entre "beneficio de justicia gratuita" y "beneficio de litigar sin gastos" atenta primeramente contra el mandato constitucional de "eficacia" por cuanto frena la decisión de demandar o no hacerlo de quien debe encarar la acción (Krieger, Walter, "El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz", LA LEY, 2014-D, 407).

5°) Advertimos que la cuestión objeto del presente debe abordarse con sujeción a las tendencias actuales que apuntan a facilitar el reclamo de los consumidores y usuarios —incluso canalizados colectivamente a través de asociaciones— cuando se entable el vínculo jurídico que configura la relación de consumo (art. 3 LDC), en cuanto conviene a la efectiva vigencia de los derechos que tutela ese cuerpo legal y a modo de ahuyentar como elemento disuasivo para la promoción de los juicios, las eventuales contingencias patrimoniales adversas que se seguirían de afrontar el pago de los gastos de justicia.

Desde el enfoque del acceso a la justicia, se ha apuntado que la solución de los conflictos es muy onerosa en la mayoría de los países.

Porque si bien los gobiernos pagan los servicios y el mantenimiento de la administración de justicia, los litigantes deben cargar con la mayor parte de los gastos, incluidos los honorarios profesionales. En este orden de ideas se ha expresado que, cualquier intento realista para solucionar los problemas del "acceso a la justicia" no puede dejar de reconocer el costo de los servicios profesionales (Cfr. Cappelletti Mauro y Garth Bryant, "El acceso a la Justicia", Colegio de Abogados del Departamento Judicial de La Plata, La Plata, 1983, p. 22).

A la luz de lo expuesto queda claro que, tanto desde los orígenes de la discusión realista sobre el acceso a la justicia como en la actualidad y aún en su discusión en el plano internacional, siempre se puso énfasis en la cuestión de las barreras económicas ligadas principalmente a los costos efectivos que demanda ingresar, transcurrir y finalizar un proceso judicial.

Siguiendo esta óptica entendemos que los análisis doctrinales y jurisprudenciales que pretenden limitar la discusión del beneficio de justicia gratuita a la tasa de justicia claramente se desentienden de la problemática que implica el efectivo acceso a la justicia imponiendo una mirado reduccionista sobre la cuestión. Hace más de 40 años que se viene reconociendo la cuestión de las costas procesales como "uno de los peores obstáculos para el acceso a la justicia" (Cfr. Cappelletti Mauro, Garth Bryant, op. cit., p. 23).

La solución legal es clara, la gratuidad a la que alude la ley o es gratuidad o no es nada.

Por lo demás, el derecho al cobro de los emolumentos regulados a los profesionales intervinientes —de indudable carácter alimentario— tiene adecuada protección en sus específicos regímenes legales. De su lado, el patrimonio del proveedor está eficazmente resguardado con la posibilidad de deducir el incidente de solvencia específicamente previsto por la LDC.

Si se reconoce en el instituto de justicia gratuita una afrenta a los derechos patrimoniales de letrados, peritos o incluso del litigante contrario al consumidor, igual conclusión deberá admitirse respecto del beneficio de litigar sin gastos previsto en el ordenamiento ritual, cuyos alcances son, en nuestra visión, idénticos. Y si se admite la constitucionalidad de los art. 78 y siguientes del Cpr. (extremo sobre el que no existe discusión), lo mismo habrá de reputarse en torno al beneficio de justicia gratuita entendido en sentido amplio.

Es que, en definitiva y haciendo foco en sus efectos prácticos, la norma consumeril importa una presunción *iuris tantum* de carencia de medios económicos, admitiéndose que la contraria acredite incidentalmente la solvencia del consumidor, removiendo el beneficio concedido.

Obligar al consumidor a promover un beneficio de litigar sin gastos a fin de llegar a igual resultado, amén de multiplicar innecesariamente los trámites judiciales en perjuicio del principio de economía procesal, importa desconocer el especial interés legal en asegurar el acceso igualitario a la justicia y la obligación del estado, en sus tres poderes, de garantizar los derechos de los usuarios y consumidores en cumplimiento de la manda del art. 42 de la Constitución Nacional.

No puede dejar de señalarse que no se ha verificado, en la práctica y conforme a la experiencia en la labor de los firmantes, que el acceso gratuito a la justicia —y la eximición de costas procesales— hubiera generado un aumento de reclamos injustificados, como auguraba cierta doctrina y el primigenio veto presidencial.

Pero además, el mero hecho de considerar que el beneficio de la justicia gratuita reconocido a los consumidores conduciría a un aumento de la litigiosidad, y al inicio de demandas sin posibilidad de éxito; implica entre otros posicionamientos desconocer o negar que el no inicio de causas no determina la inexistencia de daños, máxime cuando en materia de consumo los mismos tienden a ser colectivos (Lovece, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia

gratuita y las decisiones judiciales", LA LEY, 2017-D, 154; RCyS 2017-X, 233).

El Derecho del Consumidor ha mostrado una fortaleza expansiva y nadie duda de su autonomía: tiene fuente constitucional, legislación especial, órganos de aplicación cada vez más especializados, doctrina y principios particulares. Existe una clara autonomía ya que la base de sustentación del sistema es el principio protectorio de base constitucional, lo que significa un estatuto protectorio de las personas vulnerables, apartándose así de la igualdad general basada en la noción de "ciudadano" en que se fundó el nacimiento del Cód. Civil y del Cód. Comercial (Lorenzetti, Ricardo Luis; "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", Rubinzal - Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 38).

Ello justifica una solución especial, diferenciada de la norma genérica del código de rito e incluso diversa a la que se hubiera adoptado para otros grupos vulnerables.

6°) Los aquí firmantes entendemos que la literalidad del dispositivo del art. 53 en el aspecto que se examina, no habilita otra conclusión que admitir la irrestricta gratuidad del trámite procesal.

Es en la propia letra de las disposiciones donde reside la solución a la cuestión, sin recurrir a otras leyes. El beneficio de gratuidad previsto en los arts. 53 y 55 de la LDC tiene un alcance o contenido similar en amplitud al beneficio de litigar sin gastos (Bersten, Horacio L., "La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo", LA LEY, 17/03/2009, p. 4 y ss.).

En ese sentido, se ha dicho que para interpretar el alcance del beneficio previsto en la Ley de Defensa del Consumidor, antes de acudir a otras leyes, como la ley laboral, primero hay que sujetarse a las disposiciones del propio sistema, y ello por cuanto si dicho derecho tiene como fuente el art. 42 de la Constitución Nacional, la interpretación judicial que se haga de una norma de tal trascendencia no puede ser otra que darle prelación al derecho constitucionalmente protegido de modo expreso y a sus propios principios, por encima de los que surgen extra sistema. En tal sentido, la propia Ley de Defensa del Consumidor contiene en su art. 3 normas de interpretación específicas entre las que se destaca la regla in dubio pro consumidor, por la cual, en caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece la ley, deberá prevalecer la más favorable al consumidor. De allí que a los fines de determinar el alcance del beneficio de justicia gratuita, por imperio del principio aludido debe estarse a la interpretación más favorable al consumidor, que en la especie reside en asignarle a la exención el máximo alcance (Superior Tribunal de Justicia de Río Negro, "López, Patricia L. c. Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ sumarísimo s/ casación", del 07/11/2017).

La remoción de obstáculos de orden patrimonial para la promoción de reclamos por el consumidor con base en la relación de consumo se erige, entonces, en principio básico de la legislación protectoria. El legislador decidió presumir la carencia de recursos e invirtió la carga probatoria de la solvencia, que pende ahora sobre el proveedor de bienes o servicios.

Sentado ello, es claro que la única explicación que puede sustentar el texto legal del aludido art. 53, es que el beneficio de justicia gratuita incluye a la tasa de justicia (en el ámbito de la Justicia Nacional) pero no se agota en ella en tanto también que comprende a las costas.

Si bien es cierto que, en algún caso concreto la presión que puede ejercer la demandada para que alguien abone la tasa judicial, puede ser funcional a su posición en el pleito, bajo ningún punto de vista puede sostenerse que esa puede ser una razón para que el legislador haya previsto el incidente de solvencia.

Es claro que efectivamente existe un interés en el proveedor en cuanto a las costas del proceso y es por esa razón que se ha previsto la posibilidad de que este pueda articular un incidente de solvencia, con el objeto de que un consumidor con recursos suficientes deba hacerse cargo de las eventuales condenaciones del juicio y que si no fuera así estarían, en principio, a cargo del proveedor, aunque ganare el pleito.

Tampoco puede sostenerse válidamente que el resguardo de la recaudación fiscal esté en manos privadas ni se advierte cuál sería la utilidad de la promoción de un incidente, por parte del proveedor para que el consumidor pague solo la tasa judicial.

La lógica explica que la presunción legal otorgada al consumidor individual puede ser rebatida por la demandada si acredita "la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio"; tal facultad, otorgada en el interés de la accionada "permite confirmar el alcance amplio que el legislador otorgó al denominado beneficio de justicia gratuita... (ya que si se limitara)...a eximir del pago de tasa y sobretasa en su caso al consumidor... qué motivación e interés tendría el demandado y en particular sus letrados, en instrumentar un incidente con todo el esfuerzo procesal que el mismo conlleva, al solo efecto de beneficiar a las arcas del Estado, sin recibir beneficio particular alguno" (CNCom., Sala C, *in re* "Damnificados Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos", del 09/03/2010);

A contrario sensu, si eventualmente el incidente de solvencia del consumidor prospera, no hay dudas que el consumidor deberá abonar la tasa judicial y será muy sencillo que el Tribunal lo intime a su pago, ya sea por iniciativa del mismo o mediando intervención del representante de los intereses fiscales (Bersten, Horacio L., op. cit.).

7°) Téngase en cuenta, además, que, si se pretendiera limitar la exoneración solo al pago de la tasa de justicia con exclusión de los gastos causídicos, esa interpretación conduciría a la afectación de las autonomías provinciales, soberanas en materia tributaria.

Sin embargo, el beneficio de justicia gratuita en el orden nacional puede identificarse —como ha quedado recién expuesto— con el beneficio de litigar sin gastos; en las distintas provincias, habrá que estar a lo que allí se disponga respecto de la tasa judicial pero no respecto de las costas, por las que los consumidores y usuarios no deberían responder salvo que prosperara un incidente de solvencia (Bersten, Horacio L., op. cit.).

En este cauce, la promoción del incidente que prevé el ordenamiento procesal en su art. 78 y ss., no resulta necesaria para admitir conceder la franquicia, en tanto el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor no remite al ordenamiento procesal que rija en el lugar de tramitación del proceso, sino que se ciñe a conferir la gratuidad sin otro aditamento ni exigencia (cfr. CNCom., Sala F, *in re* "San Miguel, Martín H. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", del 29/06/2010; id., "Roldán de Bonifacio, Elizabeth T. c. Fiat Auto SA de Ahorro p/fines determinados y otros s/ ordinario", del 09/11/2010; id., "Giudici, María A. c. JP Morgan Chase Bank NA y otros s/ ordinario", del 20/09/2011; CNCom., Sala C, "Damnificados Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos", del 09/03/2010, ver Kielmanovich, Jorge L., "Beneficio de litigar sin gastos y beneficio de justicia gratuita", LA LEY, 2019-D, 1063).

8°) Agréguese, que todo lo anterior refleja el criterio coincidente con la tesis amplia propuesta por los aquí firmantes que vino delineando la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a cuyas pautas jurisprudenciales deben ceñirse los tribunales inferiores a menos que se impongan motivos que justifiquen un apartamiento (Conf. CSJN *in re* "Petrovic", Fallos: 325:1227; *in re* "Adriazola", Fallos: 324:3764 *in re* "Encinas", Fallos: 321:2294; dictamen del Procurador General *in re* "Ferreyra", Fallos: 330:1989).

Al respecto, es oportuno recordar que, si bien las sentencias del Superior Tribunal no resultan obligatorias para casos análogos, los jueces inferiores tienen el deber - ya sea como obligación moral o por economía procesal - de adecuar sus pronunciamientos a los criterios del Máximo Tribunal.

En efecto, la Corte fue consolidando paulatinamente su posición tendiente a equiparar al beneficio de justicia gratuita con el beneficio de litigar sin gastos. Veamos:

En fecha 24 de noviembre de 2015 se expidió en autos "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Nación Seguros SA s/ ordinario" y resolvió que no cabía exigir a la asociación de defensa del consumidor actora, el depósito previsto en el artículo 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, por gozar del beneficio de justicia gratuita establecido en el art. 55 de la ley 24.240.

Para fundar este criterio, la Corte confirmó las bases constitucionales del beneficio en discusión y sostuvo que el art. 42 CN "otorga una tutela preferencial a los consumidores" y que su efectiva vigencia "requiere que, la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías, sino que además asegure a los consumidores la posibilidad obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales" (considerando 4°).

En esa inteligencia es que deben interpretarse las modificaciones que la ley 26.361 introdujo a la Ley de Defensa del Consumidor en materia de acciones judiciales que los consumidores y usuarios pueden iniciar cuando sus intereses resulten afectados o amenazados.

En tal sentido la sentencia referida apunta que: "los claros términos del precepto reseñado permiten concluir que, al prever el beneficio de justicia gratuita, el legislador pretendió establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores, evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia y, en consecuencia, privarlos de la efectiva tutela de los derechos consagrados en el texto constitucional. No es posible soslayar que, en el marco de las relaciones de consumo, el consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural, por ello, y en orden a preservar la equidad y el equilibrio, resulta admisible que la legislación contemple previsiones tuitivas en su favor. En este sentido, la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo" (considerando 6°).

A su vez, el Alto Tribual puntualiza que "...el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses

colectivos. Una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue (...) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses—, a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos" (CSJN, *in re* "Consumidores Financieros Asociación Civil para su defensa c. Nación Seguros SA s/ ordinario", del 24/11/2015).

De ahí que la Corte señala, no solo que el legislador tuvo en miras establecer un mecanismo eficaz, despejado de obstáculos económicos para que los consumidores pueden acceder a la justicia, sino que, además, dice expresamente que la gratuidad del proceso judicial —en clara referencia a que la gratuidad alcanza a todo el proceso judicial y no solamente a los gastos de inicio— configura "una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo".

Motivo por el cual, la Corte exonera del pago del depósito a la asociación, sencillamente porque ese era el objeto de la petición, pero, conforme los fundamentos expuestos, hubiera hecho lo mismo respecto de la imposición de costas, entre otras cosas porque ya lo hizo en los precedentes citados.

Algunos autores —en base a un análisis ceñido solo a la parte resolutiva— sostienen que, en el fallo referido, la Corte lo único que dispuso fue eximir el pago del depósito previo al recurso de queja y en esa línea, asemejan la situación más a la tasa de justicia que a las costas; en consecuencia reiteran que, hasta el momento, la Corte no resolvió en forma fundada si el beneficio de justicia gratuita alcanza o no a las costas del juicio.

Mas lo cierto es que esta decisión amplió los fundamentos ya desarrollados en distintos fallos que descansan esencialmente sobre la "debilidad estructural" que por lo general existe en las relaciones de consumo y sobre la finalidad tuitiva de la Ley de Defensa del Consumidor ("Unión de Usuarios y Consumidores c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", del 11/10/2011. y "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario", del 30/12/2014), (Darcy, Norberto C., op. cit.) y "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo" del 20/02/2018, donde la Corte desestimó el recurso extraordinario interpuesto por la asociación accionante "sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55, segundo párrafo, de la 24.240" —ello, a pesar de que la petición había sido sustanciada con la contraria—, dando a la previsión legal el alcance aquí propiciado.

La decisión contó con el voto en disidencia parcial del Dr. Rosenkrantz que de alguna manera reproduce la controversia que justifica este plenario, desde que impone las costas al vencido en los términos del Cpr.: 68. Igual disposición (y con idéntica disidencia) efectuó la CSJN *in re* "Asociación Protección Consumidores del Merc. Común Sur c. Galeno Argentina SA s/ sumarísimo", del 26/12/2018.

Agréguese, en la misma línea, que en casos donde ambos contendientes interpusieron recursos extraordinarios la distinción efectuada por el Máximo Tribunal es clara y aleja la posibilidad de entender al beneficio de justicia gratuita previsto por la LDC como solo circunscripto al pago de tasas o sellados. Así, se resolvió: "Que los recursos extraordinarios son inadmisibles (art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Por ello, se desestiman los recursos extraordinarios. A la actora, sin especial imposición de costas en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240. A la demandada, con costas (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)." (CSJN, *in re* "Proconsumer c. Galeno Argentina SA s/ ordinario", 11/03/2021; en igual sentido: "Proconsumer c. Banco Patagonia SA s/ sumarísimo", del 25/02/2021).

Y aún si pese a la claridad expositiva de la doctrina reseñada, persistiera alguna duda en relación la posición de la Corte, esta ha sido despejada a partir del reciente fallo dictado en forma unánime en los autos: "ADDUC y otros c. AySA SA y otros/ proceso de conocimiento", el día 14 de octubre de 2021.

Allí, el Superior expresó sin hesitación su firme adhesión a la postura amplia y con ello puso fin a la discusión relativa al alcance que debe conferirse al beneficio de justicia gratuita.

En el caso, contra la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por las asociaciones de consumidores accionantes en relación al decisorio que decretó la caducidad de instancia de oficio e impuso las costas a su cargo, interpusieron recurso extraordinario, cuya denegación motivo la queja pertinente.

A su turno, el Procurador Fiscal Víctor Abramovich, emitió su dictamen y manifestó "el artículo 55, último párrafo de la ley 24.240 otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de los intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita". Del mismo modo, recordó los precedentes en los que la Corte sostuvo que el otorgamiento del beneficio no aparece

condicionado por el resultado final del pleito, pues la norma lo prevé para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos y que una interpretación contraria afectaría el derecho al acceso a la justicia de los consumidores y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses.

Por su parte, la Corte a partir de un minucioso análisis de los antecedentes que sustentaron la sanción del art. 42 de la Constitución y la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario de la Ley N° 26.361, los ministros firmantes recordaron que "...al sancionar la ley 26.361 —que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240—, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición.

En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte..." (considerando 8°).

Y en tal sentido, destacaron los sentenciantes, que el criterio de interpretación desarrollado resulta coincidente con la voluntad expresada por el legislador - eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa al Consumidor del pago de las costas del proceso— y que ese beneficio opera automáticamente, tanto para particulares como para asociaciones de consumidores (arts. 53 y 55, ley 24.240), y coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la justicia sin que la situación patrimonial desfavorable constituya un obstáculo.

Del mismo modo, la Corte brindó respuesta al cuestionamiento formulado por la tesis restrictiva sustentada en la terminología utilizada por el legislador y aclaró "...Cabe destacar que si los legisladores descartaron la utilización del término "beneficio de litigar sin gastos" en la norma no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales..." (considerando 9°), para concluir que una sentencia que establece la tesis restringida.

Las consideraciones expuestas llevaron al Superior a concluir que la sentencia recurrida —en tanto, siguiendo la tesis restringida impone las costas a la asociación actora— no constituye una derivación razonada del derecho vigente, por lo que debe ser dejada sin efecto.

9°) Finalmente debemos poner de resalto que la posición propuesta por los aquí firmantes resulta coincidente con la desarrollada en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor y constituye una seria propuesta para robustecer la protección del consumidor tanto en su faz negocial, como en la judicial.

Cabe recordar que por iniciativa conjunta del Ministerio de la Producción y Trabajo (Dirección Nacional de Defensa del Consumidor) y del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación (Programa Justicia 2020), una comisión de juristas elaboró el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor que, recientemente, se convirtió en proyecto al tomar estado parlamentario en el Senado de la Nación (bajo N° Expte. S-2576-19).

En efecto, en lo ateniente al tratamiento de la cuestión relativa al beneficio de gratuidad el proyecto regula en su art. 168 "Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable".

Idéntico beneficio se reconoce también para los procesos colectivos de consumo en defensa de intereses de incidencia colectiva (conf. art. 171, inc. 2°, último párrafo).

Es evidente que la norma referida se inclinó por la postura amplia de beneficio de justicia gratuita que involucra la gratuidad de todo el proceso, bajo la técnica de enumerar —de manera abarcativa— los rubros alcanzados por el beneficio, que incluye expresamente las costas y lo amplía a todo gasto.

Del mismo modo, se elimina el incidente de solvencia, sin que ello signifique "conceder un permiso para litigar sin consecuencias" dado que al final de la norma se dispone que el beneficio queda exceptuado ante casos de temeridad, malicia o pluspetición inexcusable, es decir, aquellos casos de significativa gravedad, donde se compruebe inexistencia del daño invocado, exageración injustificada en el monto del reclamo, hechos manifiestamente falsos, entre otros supuestos.

La eliminación del incidente de solvencia obedece a que el beneficio de gratuidad se justifica en la debilidad jurídica que caracteriza al consumidor en sus relaciones de consumo, garantizándole al consumidor el acceso a la justicia por su condición de tal, sin otro requisito y con la intención de dotar de mayor efectividad a los derechos del consumidor, ya sea en forma individual o en su representación colectiva.

Es decir, se determina concreta y definitivamente el alcance del beneficio de justicia gratuita y se elimina el incidente de cesación del beneficio contenido en el actual art. 53 de la LDC, estableciéndose así su verdadera naturaleza, que es indiferente la solvencia del consumidor.

En similar sentido, el recientemente sancionado Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —ley 6407— (más allá de su limitada aplicabilidad) prevé en su artículo 66 que "Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios individuales o colectivas, se regirán por el principio de gratuidad establecido en los artículos 53 último párrafo y 55 último párrafo de la Ley N° 24.240 y sus modificatorias, lo que importa que se encuentran exentas del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, contribuciones, costas y de todo gasto que pueda irrogar el juicio. En caso de consumidores o usuarios que actúen en interés propio, en reclamos superiores a un monto que exceda las (cien) 100 UMA, el demandado podrá acreditar por incidente separado y sin suspensión del trámite principal, que el/los actor/es dispone/n de recursos económicos suficientes para soportar los gastos del juicio, conforme se regula en el presente Código en lo relativo al incidente de solvencia. En ningún caso el incidente de solvencia que prospere importará la obligación del consumidor actor de abonar la tasa de justicia." Así, también la legislatura porteña propició la interpretación de la LDC aquí indicada.

En atención a los argumentos expuestos, damos respuesta afirmativa al interrogante objeto de la presente convocatoria.

Los doctores *Monclá* y *Sala* dijeron:

Un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó por unanimidad doctrina en el tema que convoca sustancialmente al plenario.

Se trata del pronunciamiento dictado el pasado 14 de octubre en la causa "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento".

Allí el Tribunal Supremo, luego de desarrollar los antecedentes constitucionales y legales de la cuestión (considerandos 5° a 7°), puntualizó en la primera parte del considerando 8° que "...una razonable interpretación armónica de los artículos transcriptos permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 —que introdujo modificaciones al texto de la ley 24.240—, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso...".

Agregando en el párrafo siguiente: ¨...En efecto, la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte...".

De modo que la interpretación dada por la Corte a la materia no deja lugar a dudas que el inicio de una demanda conforme al estatuto del consumidor esta eximida del pago de las costas del proceso.

Adicionó el Alto Tribunal en la primera y segunda parte del considerando 9°: "...Que, por lo demás, el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos. En efecto, en el informe que acompañó el proyecto de ley presentado ante la Cámara de Diputados por las comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, en referencia al artículo 53 de la ley 24.240, se señaló que 'se reinstala en la ley que nos ocupa el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito, que había sido oportunamente vetado al promulgarse la ley en 1993, estableciéndose empero la posibilidad de que la demandada alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio. Todo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo'. En igual documento, en referencia al artículo 55 de la Ley de Defensa del Consumidor, se sostuvo que 'por similares razones a las expuestas al fundar la reforma al artículo 53, y aún mayores en consideración a que

se acciona en defensa de los intereses colectivos, se propicia el beneficio de justicia gratuita en este tipo de causas. También teniendo en cuenta que cuando alguna autoridad pública o alguna defensoría del pueblo han actuado en procesos colectivos se los ha eximido de gastos por pertenecer al aparato del Estado, con lo que podría configurarse una indebida discriminación en contra del restante legitimado para incoar acciones colectivas, las asociaciones de consumidores, cuya genuina y eficiente representación de la sociedad civil en estos temas está convalidada con jerarquía constitucional en nuestro ordenamiento jurídico' (Diario de Sesiones de la Cámara de Diputados de la Nación, 25° Reunión - 18° Sesión Ordinaria, agosto 9 de 2006, páginas 102 y 103)...".

Asimismo puntualizó en el quinto apartado del considerando 9° que: "...Cabe destacar que si los legisladores descartaron la utilización del término 'beneficio de litigar sin gastos' en la norma no fue porque pretendieran excluir de la eximición a las costas del juicio, sino para preservar las autonomías provinciales en materia de tributos locales vinculados a los procesos judiciales. En este sentido, aparecen como esclarecedoras las exposiciones tanto de la senadora Escudero ('Antecedentes Parlamentarios', página 437) como las del senador Guinle, quien afirmó que '...esta es una ley de fondo, pero también es cierto que la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales. Entonces, como decía la senadora Escudero, lo pertinente es establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo (...)' ('Antecedentes Parlamentarios', página 438)...".

Además, en el considerando 10° expresó el Máximo Tribunal: "...Que, en igual línea de razonamiento, esta Corte entendió que no correspondía la imposición de costas en el marco de los recursos traídos a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores (CSJ 66/2010 (46-U)/CS1 'Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo', sentencia del 11 de octubre de 2011; Fallos: 335:1080; CSJ 10/2013 (49-U)/CS1 'Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario', sentencia del 30 de diciembre de 2014; Fallos: 338:40; CSJ 27/2013 (49-D)/CS1 'Damnificados Financieros Asociación para su Defensa c. Bco. Patagonia Sudameris SA y otros s/ sumarísimo', sentencia del 7 de abril de 2015; CSJ 443/2011 (47-P)/CS1 'Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión SA s/ cumplimiento de contrato', sentencia del 22 de diciembre de 2015, entre otros). A mayor abundamiento, en el precedente 'Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Nación Seguros SA' (Fallos: 338:1344), este Tribunal señaló —en ocasión de resolver una petición relativa a la exención del depósito previsto en el artículo 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— que 'la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores [en referencia al art. 42 citado], requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales' (considerando 4°) Y, en el mismo precedente, afirmó que '...la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo' (considerando 6°)...".

Para finalmente establecer en el último punto del considerando 10° que: "...Así las cosas, allí se concluyó en que 'una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir... donde la ley no distingue (Fallos: 294:74; 304:226; 333:375) sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos'...".

El fallo mencionado y parcialmente transcripto evidencia claramente que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha juzgado que quienes inician una acción según la ley de defensa del consumidor están eximidos del pago de las costas del proceso (expresamente así lo determina en el considerando 8°, primer párrafo).

Incluso, señala que la ley no requiere una prueba de situación de pobreza para otorgar el beneficio, que se concede automáticamente. A salvo en las acciones iniciadas en defensa de intereses individuales donde se posibilita que la contraparte demuestre la solvencia del demandante para reveer el cese de la eximición (cons. 8°, segundo apartado).

Con lo cual, aparece clara la doctrina de la Corte tanto sea de una forma explícita cuanto implícita y desde esa perspectiva se impondría una respuesta afirmativa al tema de este plenario.

En rigor, la pregunta que nos convoca refiere a que si el "beneficio de justicia gratuita", además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, eximiría al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas, y lo cierto es que, de acuerdo a la interpretación de la Corte Suprema en el fallo mencionado, no sería siquiera posible imponerle las costas a un consumi-

dor para el caso en que ello fuera viable en los términos del Cpr. 68 y ss.

La doctrina que se extrae del caso "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" se presenta, así, como un prius del cual no podría prescindirse a la hora de emitir cualquier pronunciamiento sobre costas de acuerdo a lo previsto en el Cpr. 161:3 y 163:8.

Aun cuando las sentencias del Superior Tribunal solo tienen eficacia vinculante en el proceso en el que se dictan, y no importan privar a los magistrados de la facultad de aplicar con criterio propio las resoluciones de aquel y apartarse de ellas cuando existen motivos valederos para hacerlo, en el caso median razones de orden práctico que, apoyadas en el principio de economía procesal, aconsejan seguir los lineamientos del pronunciamiento citado.

Sin perjuicio, entonces, de la inexistencia de un efecto obligatorio general de los fallos de la Corte, y de las distintas interpretaciones doctrinarias sobre la materia que en particular se plantea a este Acuerdo Plenario vinculada a los alcances del "beneficio de justicia gratuita" que dispone la LDC. 53, incluida la adoptada por los Suscriptos en diversos fallos como vocales de la Sala "E" de esta Cámara (donde se le dio un significado limitado únicamente a la eximición del pago de la tasa de justicia), no puede desconocerse el valor del precedente citado, dado el contexto en el que fue dictado, la motivación y la finalidad que lo sustentó, puestas de manifiesto de forma unánime.

Se debe aquí resaltar la contemporaneidad del fallo de la CSJN, dictado hace escasos meses, al tiempo, incluso, en que esta propia Cámara se encontraba desarrollando el contenido de este plenario.

A su vez, se trata de una resolución del Alto Tribunal que aparece a 23 años de la promulgación de la ley 24.240, que en su versión original ya establecía que "las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán del beneficio de justicia gratuita" (art. 53), y luego de que en el ámbito de la doctrina y la jurisprudencia se hubiera debatido extensa y profundamente sobre los alcances del término de "beneficio de justicia gratuita", no pudiéndose concebir que las distintas interpretaciones encontradas que a lo largo de los años se plasmaron al respecto no hayan sido contempladas por los miembros de la Corte y analizadas para el dictado de la solución que consideraron adecuada al derecho vigente.

Y, además, este voto se sustenta en el entendimiento que la intención de la CSJN ha sido decidir de modo "definitivo" la cuestión bajo análisis, lo que vislumbra la suerte que tendrían pretensiones similares ante un eventual acceso a la vía extraordinaria, y en orden a evitar un dispendio judicial innecesario, con consecuencias disvaliosas para todos los partícipes del sistema jurisdiccional y para la seguridad jurídica.

En especial dado el efecto expansivo del presente fallo plenario donde ningún juez de este Fuero podrá soslayar la solución que aquí se adopte al respecto (cfr. Cpr. 303).

Por ello estimamos procedente dar una respuesta afirmativa al tema que convoca a este plenario.

El doctor *Barreiro* dijo:

1. Me ha correspondido como Presidente de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial fijar el cuestionamiento que en este fallo plenario debe responderse (arts. 294 y 295 Cproc) que quedó redactado en los siguientes términos: ¿El "beneficio de justicia gratuita" que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente?

Esa determinación fue hecha, por supuesto, con sujeción a la contradicción advertida por la Sala F —que integro— en 28/11/2019, con consideración de las decisiones de las Salas E, en este proceso en 28/05/2019, y F en la causa "Marisi, Lucas c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", sentenciada en 11/07/2017, de este tribunal de alzada.

Como no mediaron sugerencias de quienes integran este Cuerpo (art. 296, Cproc), las cuestiones quedaron definitivamente fijadas y se conformaron las mayorías y minorías (art. 297).

2. En ejercicio de la facultad que confiere el ordenamiento procesal (art. 298), añadiré los fundamentos de mi posición ante la contradicción interpretativa evidenciada en diversos pronunciamientos de esta Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial.

Advierto que el pronunciamiento que me correspondió emitir en este expediente como vocal de la Sala F, en 28/11/2019, dejó de lado la cuestión que concierne a los gastos iniciales del proceso, aspecto sobre el que no ha mediado discordancia. Pero ese aparente consenso no puede ocultar que, según fuere la posición que se sostenga, garantías constitucionales con valor preceptivo directo podrían ser desconocidas.

La cuestión del alcance de la referencia legal al beneficio de justicia gratuita (art. 53 LDC) ha originado diferentes interpretaciones que se excluyen mutua-

mente y que pueden resumirse así: una posición restringida que solo exime al consumidor de afrontar los gastos iniciales y otra apreciación más amplia que lo exonera también de satisfacer la totalidad de las costas generadas por la tramitación del proceso. A tono con la advertencia hecha en el párrafo anterior, tengo en cuenta que esta decisión plenaria podría también vincularse con los gastos iniciales del proceso, como referiré luego.

3. A modo de exposición del punto de partida del análisis que haré recuerdo que la Sala F de esta Cámara que integro desde su constitución y aun con una integración parcialmente diversa, juzgó que quien demanda con fundamento en el vínculo jurídico de consumo, se halla eximido de abonar la tasa de justicia, que concierne al acceso a la jurisdicción, y los demás gastos que genere la tramitación del proceso (CNCom., Sala F, 18/03/2010, "Maero Suparo, Hernán D. y otros c. Banco Francés SA s/ ordinario"), criterio inalterado en su actual composición (CNCom., Sala F, 13/08/2019, "Lorenzo, Maximiliano E. y otro c. Volkswagen SA de ahorro p/f determinados s/ ejecutivo s/ Incidente art. 250"; La Ley Online: AR/JUR/27181/2019, entre muchos otros).

Ya señalé que la contradicción que motivó esta decisión plenaria permite establecer inicialmente una diferenciación conceptual entre una postura restringida y otra amplia que se originan en los distintos puntos de vista que se puedan tener en relación a la consistencia de los derechos de los consumidores, en especial aquellos que confiere el art. 53, LDC.

En el sentido indicado advierto que aunque el debate excluye la exoneración de soportar los gastos inherentes a la promoción de demandas individuales —cuestión sobre la que no hay disenso— también se desenvuelve alrededor de la procedencia de imponer las costas procesales al demandante, caso en el que podría pensarse que tendrían que afrontar también aquellos costos iniciales (arg. art. 68 CProc), porque solo podrían eximirse de esas erogaciones si cuentan con una sentencia firme que les acuerde la franquicia procesal para litigar sin gastos (CNCom., Sala A, 17/02/14, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Banco Itaú Argentina SA s/ beneficio de litigar sin gastos"; íd., Sala D, 8/05/18, "Cornejo, Elizabeth Myriam c. Newsan SA s/ ordinario").

Ese criterio restringido también fue asumido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil al juzgar que el "beneficio de litigar sin gastos" abarca las actuaciones cumplidas desde su promoción —pago de tasas y sellados—, hasta su finalización (eximición de costas), mientras que el término "justicia gratuita" se refiere al acceso de justicia que no debe ser conculcado por imposiciones económicas (CNCiv., Sala K, 30/03/2012, "Jorda, Mariana c. LAKU-ANTU SA s/ cobro de sumas de dinero"; La Ley Online: AR/JUR/45029/2012).

El diferendo interpretativo, como puede advertirse, refiere a la consistencia del alcance del beneficio de justicia gratuita previsto por el art. 53, LDC, que según cual fuera la opinión que se tenga, exigiría recurrir a las normas procesales que regulan el beneficio de litigar sin gastos. Estimo que antes que la gratuidad —que igualmente puede alcanzarse mediante la demostración de la carencia de recursos del consumidor— las diferentes apreciaciones requieren determinar cuál es la vía más apta; si la directa e inmediata que contiene el art. 53 LDC o el beneficio de litigar sin gastos o sus equivalentes previstos por las leyes procesales.

4. En realidad podría considerarse que la descripta oposición argumental ha sido superada por la jurisprudencia de la CSJN, que desde una década atrás (en 10/11/2011, caso: "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", en el que intervine como juez de primera instancia; véase también [2012] Fallos: 335:1080) viene reafirmando su doctrina en el sentido de que el otorgamiento del beneficio del art. 55 LDC no aparece condicionado por el resultado final del pleito. En Fallos: 338:40 y 338:1344 (2015) justificó aquella decisión en que la norma lo prevé "para todas las acciones iniciadas en defensa de intereses colectivos", criterio reiterado en Fallos; 341:146 (2018).

Recientemente el Alto Tribunal, decidió el rechazo de los recursos extraordinarios interpuestos, sin especial imposición de costas a la asociación actora en virtud de lo previsto en el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240, pero impuso costas a la demandada por aplicación del art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación (CSJN, 25/02/2021, "Proconsumer c. Banco Patagonia SA s/ sumarísimo" y 11/03/2021, "Proconsumer c. Galeno Argentina SA s/ ordinario").

Este incompleto recuerdo de las decisiones de la CSJN, como se expondrá luego, permite advertir la consolidación de una interpretación amplia en la materia que, como es evidente, no incumbe únicamente a la dispensa de tasas y gastos procesales iniciales o al depósito previo que habilita la actuación ante ese Tribunal Federal (Verbic, Francisco, "La Corte Suprema y el beneficio de justicia gratuita en casos colectivos promovidos por asociaciones de defensa del consumidor", LA LEY, 2016-A, 187; AR/DOC/4444/2015).

La argumentación es contundente en orden a la identificación de la regla jurídica aplicable que, en razón de su literalidad y coherencia con todo el ordenamiento, demostraría la innecesariedad de formular

otras indagaciones (arg. art. 2 Cód. Civ. y Comercial). En la misma dirección, los arts. 53 y 55 LDC no formulan distinción alguna.

En efecto, es doctrina consolidada de la CSJN que las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos utilizados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los preceptos, siendo la primera fuente de interpretación de las leyes su letra, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de ella, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (Fallos: 338:488). Ese es, en definitiva, el criterio adoptado en la redacción del mencionado art. 2, Cód. Civ. y Comercial, que dispone que la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento.

Interpretar en forma limitada la disposición del art. 53 LDC aparece desprovisto de fundamento legal ya que "introduce una hipótesis de inaplicabilidad de la norma que esta no prevé lo cual violenta la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue" (confr. dictamen del señor Procurador al que adhirió la Corte en Fallos: 333:735).

Y esa inveterada directiva justifica concluir que el criterio restringido —que impondría en cada causa articular el beneficio procesal de litigar sin gastos— se aparta de la solución legal prevista para el caso mediante una exégesis irrazonable de la norma aplicable que la desvirtúa y la torna inoperante (Fallos: 301:865; 306:1462; 307:933; 321:793; 326:1864; entre muchos) con serio menoscabo de garantías constitucionales.

Por ese motivo, reitero, la interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos (Fallos: 338:1344).

Si la CSJN admitió irrestrictamente la postura amplia en relación a las asociaciones de consumidores —mediante la indubitable expresión sin especial imposición de costas—, esa doctrina parece que puede extenderse sin mengua de la interpretación lógica a las acciones deducidas por consumidores en ejercicio de reclamos individuales.

La única diferencia reside en que el art. 53 contiene una directiva que puede ser desvirtuada mediante el incidente de solvencia porque se basa en la presunción de carencia de recursos, mientras que el art. 55 se asienta firmemente en la cierta imposibilidad de afrontar los gastos de la actuación ante el Poder Judicial de aquellas personas jurídicas. Estas reflexiones no han sido ignoradas por la jurisprudencia de esta Cámara que compartió la distinción apuntada (CNCom., Sala B, 24/08/2016, "Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", Cita AR/JUR/66155/2016).

No aprecio que existan diferencias sensibles entre esas dos disposiciones de la LDC. En efecto, la habilitación a la otra parte para ejercer el llamado "incidente de solvencia" ante el ejercicio de una acción individual (art. 53), no desvirtúa el amplio régimen de tutela que incentiva la promoción de reclamos cuando los intereses y derechos tutelados por el art. 42 CN pudieran ser afectados.

Tampoco creo que la doctrina de la CSJN —en sus últimas integraciones— pueda justificar el entendimiento reduccionista relativo únicamente a la eliminación de impedimentos económicos a fin de consolidar el acceso a la justicia. Sostener esa posición significaría desconocer la cerrada defensa de los derechos y garantías de las personas que ha cumplido la Corte desde hace más que una década y media, y la progresividad que ha evidenciado en su preocupación por la estricta vigencia de los derechos fundamentales que se acentuó luego de la sanción del Cód. Civ. y Comercial.

De esta manera, el rechazo de las acciones deducidas al amparo del art. 53 LDC no incide en la imposición de costas al consumidor demandante que resulte vencido, porque es una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal, con el objeto de facilitar su defensa cuando se trate de reclamos originados en la relación de consumo (Fallos: 338:1344).

Agrego que en otro asunto posterior la Corte decidió dejar sin efecto la intimación al pago del depósito previo, ante el rechazo del recurso de queja, en virtud del beneficio de gratuidad previsto en el art. 53, último párrafo, de la ley 24.240, del cual goza el consumidor recurrente, por tratarse la causa de un reclamo enmarcado en una relación de consumo (CSJN, 29/10/2019, "Manfroni Kergaravat, Claudio F. c. ENERSA y otros s/ acción de amparo", Cita: TR LALEY AR/JUR/37778/2019).

En 14/10/2021 parece haberse puesto fin a la discusión, pues en el fallo "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (CAF 17990/2012/1/RH1), la CSJN ha puesto fin a esta polémica. Allí, con remisión a Fallos: 316:224 y 330:4903, señaló que el agravio relativo a la imposición de costas aunque remite al estudio de cuestiones "ajenas, en principio, a

la vía del artículo 14 de la ley 48, corresponde hacer excepción a esa regla cuando el pronunciamiento contiene solo una fundamentación aparente, prescinde de circunstancias relevantes del proceso, o no satisface la exigencia de validez de las decisiones que impone siempre la aplicación razonada del derecho vigente con adecuada referencia a los hechos comprobados en la causa".

Mediante el análisis de los debates de la Convención Constituyente de 1994, precisó el alcance del art. 42 CN y su proyección en relación a la gratuidad de las acciones individuales de consumo.

En particular interpretó de forma armónica los artículos 53 y 55 de la LDC, y concluyó que, al sancionar la ley 26.361, el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de esa ley del pago de las costas del proceso. Agregó que el criterio de interpretación expuesto coincide con la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario —reproducido parcialmente— que precedió a la sanción de la ley 26.361.

Pero ante la insistencia en postular que si el consumidor resulta vencido total o parcialmente en su pretensión puede ser condenado en costas, corresponde profundizar el análisis mediante la incorporación de otros elementos de juicio, teniendo en cuenta especialmente que la doctrina que aquí se fije será de obligatoria aplicación en todo el Fuero en lo Comercial.

5. En primer lugar, encuentro pertinente exponer decisiones de Cortes o Tribunales Superiores de Justicia provinciales que han aplicado la referida doctrina de la CSJN, investigación que se justifica por el carácter de ley general de la LDC y que responde a un criterio federalista que permite conocer la manera en que el tema fue abordado ante los diferentes contextos relacionales y los panoramas legislativos locales.

De esa consulta, que no es exhaustiva, es perceptible que hay en general una sintonía con la postura amplia —al menos en relación a las asociaciones de consumidores, como quedó reflejado en el apartado anterior— adoptada por la Corte Federal. Esos tribunales y causas, en orden cronológico, son:

a) El STJ Jujuy, en 28/04/2009 ("Recurso de Inconstitucionalidad interpuesto en Expte. N° A-15734/02 (Sala IV Cámara Civil y Comercial) ordinario por reparación de daños y perjuicios: Néstor Gabriel Zayas c. Fiat Auto SA de Ahorro Previo para Fines Determinados", registrada al L.A. N° 52, F° 520/521, N° 190, —Expte. N° 6.356/08—). Este contundente pronunciamiento emitido en un beneficio de litigar sin gastos señaló que el art. 53 LDC consagra "el instituto del denominado beneficio de justicia gratuita que se asimila al 'beneficio de litigar sin gastos', y que tiene como finalidad esencial establecer el principio de igualdad de las partes en juicio, teniendo su fundamento el artículo 18 de la Constitución Nacional". Ese estado provincial sancionó en 2016 la ley 5992 que, en su art. 32, establece la gratuidad amplia.

b) La SCJ Buenos Aires, en 26/10/10 ("Asociación de Defensa de Derecho de Usuarios y Consumidores c. Municipalidad de Lomas de Zamora s/ amparo A-70572 —Ac. 106.568—), con base en el art. 25 de la Ley 13.133 que al disponer que las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios individual o colectivamente, de conformidad con las de defensa del consumidor, estarán exentos del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica, exime de cualquier contribución y comprende el depósito previo.

Distintos tribunales de esa Provincia aplicaron la postura amplia, fundados en ese pronunciamiento (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 13/07/12, "Oviedo, Gladys E. y otro c. Peugeot Citroen Argentina SA y otro s/ daños y perjuicios. Incump. Contractual (Exc. Estado)"; CCiv. y Com. La Plata, Sala II, 9/02/17, "Ríos, Francisco y otra c. Forex SRL y otro/a s/ daños y perj. incumplimiento contractual (Exc. Estado)"; Cita Online: AR/JUR/26046/2017. y, más recientemente CCiv. y Com., La Plata, Sala I, 22/04/2021, "Holzwarth, Patricia c. Caja de Seguros SA s/ daños y perj. incump. contractual (Exc. Estado) (Digital)", entre numerosos casos).

c) El STJ Misiones, en 02/09/2014 ("Cheroki, Juan Carlos c. Electricidad de Misiones SA s/ medida cautelar", LA LEY Litoral, 2015 (junio), 534, AR/JUR/62538/2014). Allí se declaró inadmisible el recurso extraordinario interpuesto con costas con los alcances del art. 53, último apartado, de la Ley N° 24.240, decisión que significó admitir sin límites la gratuidad. Rige la Ley III° 2 (art. 12) que contempla ese principio.

d) La SCJ Mendoza, Sala Primera, en 30/05/2016 ("Teijeiro Silvia Elena y otros en J° 51334 Tejeiro, Silvia E. y otros c. Agencia Rispoli Cía. SA s/ daños y perjuicios p/ Rec. Ext. de inconstit.-casación)". La doctrina provincial establecida en esa causa adhiere a la tesis amplia, es decir, a la gratuidad irrestricta porque el art. 53 LDC no se agota en la sola exención de la tasa de justicia y de los sellados de actuación, sino que comprende incluso a las restantes costas del proceso. La Ley 5547 guarda silencio sobre el particular. Esta interpretación había sido preanunciada por el mismo Tribunal en 27/07/2012 ("Sosa Beatriz Lucía en J° 3428/13.283 Sosa Beatriz Lucía c. Amx Argentina SA Den. Comercial Claro p/ acc. - amparo s/ inc. cas.") aunque de manera incidental y en relación al art. 55 LDC.

e) La CSJ Tucumán, en 06/10/2016 ("Asociación de Consumidores del NOA —ACONOA— y otro c. Garbarino SAIC s/ especiales (residual)", Sent. N° 1219). La Ley 8365 solo contempla la gratuidad en relación a las actuaciones administrativas (art. 4).

f) El STJ Entre Ríos, Sala 2, en 25/04/2017 ("Asociación de Defensa de Consumidores Entrerrianos c. Swiss Medical SA s/ diligencias preliminares"). Se basó en la adhesión de la Provincia a la LDC, mediante la Ley 8973, que hace procedente la aplicación del art. 55 de aquella.

g) La CSJ Santa Fe, en 15/08/2017 ("Salvato, Flavia V. c. BGH SA s/ daños y perjuicios s/ recurso de inconstitucionalidad"). En este precedente se asimiló el beneficio de justicia gratuita de la LDC con la carta de pobreza del ordenamiento procesal y se exoneró al consumidor reclamante de afrontar los sellados y tasas iniciales, sin emitir pronunciamiento expreso acerca de las costas. Los tribunales santafecinos, antes de ese fallo, se mostraron proclives a adoptar la tesis amplia (CApel. Civ. y Com. Rosario, sala II, 22/10/2013, "Vincelli, Ulises c. Microsistemas s/ proceso sumarísimo"; id., id., 16/06/2015, "Cusmano, Esteban D. y otra c. Encuentros SRL s/ incumplimiento de contrato"; id., sala I, 16/10/2015, "Cejas, Christian S. c. Hidalgo, Jorge y otro s/ daños y perjuicios"). Para conocer el estado de la jurisprudencia rosarina se puede consultar una exhaustiva investigación (Raschetti, Franco-Lo Giudice, Diego R., El beneficio de justicia gratuita para el consumidor en la jurisprudencia de los Tribunales de la Ciudad de Rosario, Microjuris, 12/04/2019; Cita: MJ-DOC-14853-AR | MJD14853).

h) El STJ Río Negro, en 07/11/2017, ("López, Patricia L. c. Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ sumarísimo s/ casación (Exptes. N° 29200/17-STJ y 29292/17-STJ); sentencias N° 85/17 y 86/17). Se estableció allí que en esta materia debe hacerse una interpretación intrasistémica sin acudir a la regulación de relaciones de diversa naturaleza, que se asientan en principios parecidos pero no idénticos.

i) El TSJ Neuquén, Sala Civil, en 02/02/2018 ("Abojer Ileana Edith c. Pire Rayen Automotores SA y otro s/ incidente de apelación e/a: 507835" —inc. N° 3216, año 2015—)" decidió que "por aplicación de los artículos 42 de la Constitución Nacional; 53 de la Ley 24.240 y 12 de la Ley provincial 2268, corresponde establecer que la parte actora cuenta con el beneficio de justicia gratuita, por lo que se encuentra eximida de afrontar el pago de tasas, sellados y gastos del proceso, incluidas las costas, sin necesidad de tramitar el beneficio de litigar sin gastos previsto por el Código Procesal local". Rige la Ley 2268 (art. 12).

j) La CSJ Tucumán, Sala Civil y Penal, en 7/07/2021 ("González, Darío E. c. Banco del Tucumán Grupo Macro s/ daños y perjuicios"). En este cercano precedente se siguió la doctrina de la CSJN antes mencionada y se eximió de pagar las costas del recurso de casación al actor vencido en su pretensión. En ese orden, los Vocales Dres. Leiva y Posse señalaron que aunque "el actor resultó vencido, se lo debe eximir especialmente del pago de las costas de esta instancia"; la Presidenta, Dra. Sbdar, sostuvo que "la efectiva vigencia de este mandato constitucional, que otorga una tutela preferencial a los consumidores, requiere que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no quede circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además asegure a los consumidores la posibilidad de obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales" y agregó que "el otorgamiento del beneficio no aparece condicionado por el resultado final del pleito".

Esta recopilación permite advertir una importante adhesión al criterio que exonera al consumidor o a las asociaciones que promueven la defensa de sus derechos de sufragar las costas procesales.

6. En otro orden, el ordenamiento jurídico nacional ha instaurado un especial sistema de tutela de consumidores y usuarios, regido por el llamado principio protectorio.

Para comenzar con la exposición de esta introducción, cabe recordar que el principio protectorio de rango constitucional es el que da origen y fundamento al Derecho del consumidor (Lorenzetti, Ricardo L., "Consumidores", 2ª edición, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, ps. 44 y ss.).

En línea interpretativa que guarda relación con la ideología jurídica que orientó la Reforma, se destacó que "mientras el actual Cód. Civil refleja un paradigma de Estado legislativo de derecho (que siempre estuvo en gran tensión con el modelo constitucional argentino), el Cód. Civ. y Comercial refleja el paradigma de Estado constitucional y convencional de derecho argentino vigente desde la reforma constitucional de 1994" (Gil Domínguez, Andrés, "El artículo 7 del Código Civil y Comercial y los procesos judiciales en trámite. Una mirada desde el sistema de fuentes constitucional y convencional, Revista Código Civil y Comercial, Héctor Alegría (dir.), Año 1, N° 1, LA LEY, Bs. As., julio de 2015, p. 16).

Este principio permite advertir la importancia y la posición central que el ordenamiento jurídico reconoce a la dignidad de la persona humana, baste recordar la decisión de la CSJN en la causa "Pupelis, María Cristina y otros" (Fallos: 314:424) que la consideró

como el centro sobre el que gira la organización de los derechos fundamentales de nuestro orden constitucional (considerando 8°).

Se ha apreciado a la dignidad como "el derecho que tiene todo hombre a ser respetado como tal, es decir, como ser humano y con todos los atributos de su humanidad. En este sentido restrictivo, el derecho a la dignidad puede también ser definido como el que tiene todo hombre a ser considerado como un fin en sí mismo, y no como un medio o instrumento de los otros hombres" (Ekmekdjian, Miguel Angel, Tratado de Derecho Constitucional, T. 1, 2ª edición, Depalma, Bs. As., 2000, p. 484; Rinessi, Antonio Juan, Protección del Consumidor. Dignidad, obligación de seguridad, riesgos, Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2009-1. Rubinzal-Culzoni, Cita: RC D 1101/2012). Y ello es precisamente lo que sucede cuando se aprecia a la persona humana solo como agente que participa del intercambio de bienes o servicios.

A efectos de dar concreto contenido a la dignidad en esta materia, que cuenta con protección constitucional expresa, puede reflexionarse acerca de la significación que tiene impedir reclamaciones de los consumidores que así quedarían expuestos a tolerar daños o a prácticas vejatorias o discriminatorias. En suma, permanecerían sin remedio en un estado de indefensión sin obtener del Estado prestación eficiente en relación a la vigencia de los derechos.

La autonomía y propensión expansiva de la legislación que tutela a los consumidores tiene fuente constitucional expresa, se rige por legislación especial —con lo que ello implica en la perspectiva del art. 1094 Cód. Civ. y Comercial—, cuenta con órganos de aplicación cada vez más especializados, doctrina y principios particulares. La autonomía es evidente "ya que la base de sustentación del sistema es el principio protectorio de base constitucional, lo que significa un estatuto protectorio de las personas vulnerables, apartándose así de la igualdad general basada en la noción de 'ciudadano' en que se fundó el nacimiento del Cód. Civil y del Código Comercial" (Lorenzetti, Luis Ricardo; "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, p. 38).

Con argumentos parecidos se ha dicho que "el nuevo Cód. Civ. y Comercial lo ha recepcionado expresamente, en su art. 1094, al establecer, no solo como criterio de interpretación, sino también de aplicación del Derecho del Consumidor, por lo que de esta manera se ve fortalecido y consolidado. Para su aplicación, el principio protectorio se suele expresar en tres formas: a) regla in dubio pro consumidor; b) regla de la norma más favorable; y c) regla de la condición más beneficiosa" (Barocelli, Sergio Sebastián, "Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial", RDCO 273, 1021; Cita: TR LALEY AR/DOC/5192/2015).

6.1. Su configuración se asienta primero en el texto constitucional en los arts. 42 —que reconoce los derechos y garantías de los consumidores y las obligaciones estatales respectivas— y 43 —que habilita al amparo como vía para hacer efectiva dicha protección— de aplicación directa e inmediata a todo asunto que concierna a las relaciones de consumo.

Con referencia a la reglamentación de la garantía constitucional expresa, se ha señalado con acierto que si alguna prevalencia ha de asignarse a la ley 24.240, ella corresponde no tanto por su "especificidad", sino por el carácter infraconstitucional de aquella, y por ser la norma que con más amplitud se ocupa de la puesta en acto del principio consagrado por el art. 42 de la Constitución Nacional (Paolantonio, Martín E., ¿El consumidor financiero es consumidor?, diario LA LEY del 22/03/2010).

Es preciso tener en cuenta que el desequilibrio estructural que caracteriza la relación de consumo exige la estricta vigencia del principio protectorio que tiene base en el texto constitucional. Su formulación en el art. 42 tiene precisos destinatarios que no son otros que las autoridades, es decir, todos quienes integramos los poderes del Estado. Así fue recordado por la CSJN en la causa "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (cons. 5°).

En ese sentido no puede dejar de tomarse en consideración que el "ciudadano (usuario y consumidor) responsable no nace por generación espontánea. Requiere información y educación previas y canales de participación y reclamo adecuados. Por ello la cláusula constitucional encomienda al Estado (bajo los rótulos de 'la legislación' y 'las autoridades') la tarea de promover a este prototípico usuario y consumidor y de asistirlo en la defensa de sus derechos. El constituyente ha comprendido que —a diferencia de otros derechos— la intensidad de la protección en materia de uso y consumo guarda relación directa con la participación de los afectados y con la ampliación de las vías de reclamo" (Rosatti, Horacio Daniel, La "relación de consumo" y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, RDPC, 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores"; Cita: RC D 21/2015).

La expresiva argumentación transcripta enfoca la cuestión referida a la tutela que debe dispensarse a consumidores y usuarios en su cauce adecuado. La defensa de los derechos que se les confieren a esas personas vulnerables no puede ser retaceada por

ninguna autoridad pública que, como consecuencia, debe garantizar su más amplia vigencia en la relación de consumo.

Quienes habitamos el territorio nacional tenemos el derecho de requerir la protección del órgano estatal específico cuando nuestros derechos, intereses o prerrogativas que cuenten con base legal resulten vulnerados, restringidos, alterados o amenazados, sea que el acto se origine en la actuación del propio Estado o provenga del obrar de particulares (art. 43 CN).

En estos trascendentes y sólidos principios regulatorios de la convivencia quedan entrelazados la vida, la integridad física, la salud, la libertad, los afectos y el derecho de propiedad, en definitiva, los Derechos Humanos, que por su propia naturaleza son inalienables y permiten colocar a la persona humana como centro de un sistema de protección que reconoce distintas graduaciones según cual fuere el grado de vulnerabilidad que padezcan.

He sostenido en un plano analítico general que "cabe detenerse en los otros derechos de los consumidores mencionados en dicho art. 42 —que presentan similar intensidad y que, por lo tanto, no admiten que se establezca un orden de prelación en relación a ellos— en especial, en lo que en esta materia adquiere preponderancia para el comentario emprendido, la protección de la salud, seguridad e intereses económicos y la libertad de elección de los consumidores, que guardan entre sí una relación tan estrecha que solo muy dificultosamente pueden ser considerados separadamente (...) constituyen un único bloque en el que cada garantía prevista en favor de los consumidores o usuarios funciona como antecedente y justificación de las demás. La interpretación no puede, entonces, prescindir de esta concepción unitaria de los derechos que confiere el art. 42 CN" (Barreiro, Rafael F., El sistema de información y publicidad en la LDC, Revista del Derecho Comercial, del Consumidor y de la Empresa, Año V, N° 6, LA LEY, diciembre de 2014, ps.76/88).

Por esas razones discrepo con la consideración de los derechos de consumidores o usuarios como una "especie" de los Derechos Humanos. No advierto que se configure una relación de tal clase, porque todos esos derechos fundamentales están colocados en un plano igualitario. Formular esas clasificaciones puede conducir a establecer subordinaciones jerárquicas que carecen de base normativa y postergar derechos particularmente protegidos. En simple expresión, señalo que los derechos de los consumidores son Derechos Humanos, sin otro aditamento. En esta perspectiva diseño este voto.

Esa es también la concepción de la CorteIDH que ha reiterado la interdependencia e indivisibilidad existente entre los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales, puesto que deben ser entendidos integralmente y de forma conglobada como derechos humanos, sin jerarquía entre sí y exigibles en todos los casos ante aquellas autoridades que resulten competentes para ello (casos: "Caso Suárez Peralta Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 21 de mayo de 2013. Serie C No. 261, p. 131; "Gonzales Lluy y otros Vs. Ecuador. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 1 de septiembre de 2015. Serie C No. 298, p. 172; "Lagos del Campo Vs. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 31 de agosto de 2017. Serie C No. 3406, p. 101 y "Poblete Vilches y otros Vs. Chile. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 8 de marzo de 2018. Serie C No. 349, p. 100 y 102 y, también, la Opinión Consultiva OC-23/17 de 15 de noviembre de 2017. Serie A No. 23, p. 47, 51, 52 y 54, 57).

Esa apreciación unitaria (conglobada) de los derechos y garantías con base constitucional y convencional o, si se prefiere, como sistema integral de protección, debe ser necesariamente amplia a fin de permitir su plena vigencia.

6.2. La LDC como conjunto de disposiciones reglamentarias de la garantía constitucional se atribuye en su texto la calidad de ley de orden público (art. 65), calificación que en mi opinión incide fuertemente en la decisión que aquí debemos emitir.

Afirmar que el consumidor es vulnerable implica admitir que cuando a diario celebra transacciones está ubicado en un plano desigual en relación con quienes se vincula. La noción de vulnerabilidad, entonces, puede adherirse conceptualmente —aunque más no fuera en forma parcial— a la de desigualdad. La relación de consumo lleva ínsita una disparidad que impide al consumidor el pleno goce de sus prerrogativas constitucionales (coincide Krieger, Walter, "El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz", LA LEY, 2014-D, 407).

En esa dirección debe tenerse en cuenta que uno de los fundamentos primordiales que inspiró la unificación legislativa del derecho privado argentino ha sido —en la relación de consumo o fuera de ella— la promoción del trato igualitario, que debe alcanzarse mediante la detección y superación de las concretas desigualdades en los actos o situaciones jurídicas. El desbalance relacional, las asimetrías o los desequilibrios vinculares son nociones que usualmente se emplean para describir los diferentes poderes de negociación, que fatalmente desembocan en la afectación de los derechos de las personas vulnerables.

Desde tal perspectiva, las diferencias se acentúan en aquellas situaciones en las que frente al consumidor se encuentra el empresario ampliamente munido de potencia patrimonial, conocimientos y posibilidad de previsión de las consecuencias que sus clientes carecen. La disparidad evidente entre uno y otro provoca derivaciones que deben rectificarse porque pueden perjudicar a quien tiene recursos más escasos o deficiente conocimiento técnico o jurídico.

En relación a aquello que aquí interesa, el art. 3 LDC integra las disposiciones de la ley con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, en particular la Leyes N° 25.156 y N° 22.802 o las que en el futuro las reemplacen. En caso de duda sobre la interpretación de los principios que establece esa ley prevalecerá la más favorable al consumidor. Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica.

En la interpretación legal debe concluirse que si hubiera colisión entre una norma de derecho común y otra que protege a los consumidores, primará esta última. Incluso la ley establece que en caso de duda sobre la interpretación de "los principios que establece esta ley, prevalecerá la más favorable al consumidor" (Alegría, Héctor, "Régimen legal de protección del consumidor y derecho comercial", diario LA LEY del 26/04/2010). Esa tensión, como está previsto por los arts. 1 y 2, Cód. Civ. y Comercial, debe resolverse mediante el diálogo de fuentes y con consideración de la regla constitucional expresa, que es inmediatamente operativa.

En concordancia se ha advertido la construcción de "un verdadero y amplio sistema de protección para las relaciones de consumo, relaciones que no son paritarias, estructuradas sobre principios propios y con instituciones procesales también diferentes, tendientes a consagrar también en ese terreno —más aún, especialmente en él— una protección adicional a quien se encuentra en una situación de debilidad estructural. Por ello, las reglas interpretativas de sus institutos deben buscarse dentro del propio sistema y no afuera del mismo, por lo que la comparación con otros institutos jurídicos ajenos, máxime cuando el propio art. 3° de la LDC, determina los principios interpretativos pro consumidor, estableciendo cuales son las normas que se consideraran de aplicación supletoria" (Bersten, Horacio L., ¿Concluye la polémica sobre el alcance del beneficio de justicia gratuita?, SJA 21/12/2016, 35; JA, 2016-IV; LA LEY, Cita: TR AR/DOC/4957/2016).

Coincido con esas reflexiones, pero especialmente con una apreciación: no es necesario remitirse a reglas analógicas que rigen otras disciplinas jurídicas. En esta visión el sistema de tutela de los consumidores es autosuficiente (STJ Río Negro, "López, Patricia L. c. Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ sumarísimo s/ casación", del 07/11/2017), consideración que no implica asignarle características de compartimiento estanco o aislado del contexto normativo sino a aplicar en primer lugar las reglas del mismo sistema.

En rigor, el único rasgo común que presentan trabajadores y consumidores es su posición de vulnerabilidad relativa que puede atentar contra la dignidad de las personas especialmente protegidas. Pero sus causas y los medios de defensa que pueden emplearse son sensiblemente disímiles.

Con razón se ha señalado que "la doctrina debería bregar no por equiparar la situación del consumidor a la del trabajador, sino a la de este en lo que era la protección original y a la que recibe el consumidor mediante las herramientas que otorga una ley, reitero, dictada en democracia y en el siglo XXI" (Álvarez Larrondo, Federico M. - Rodríguez, Gonzalo M., "Las Asociaciones de Consumidores y el alcance del beneficio de gratuidad", LA LEY, 2011-B, 826).

Es más, podría pensarse que es más acertado tomar como pauta de referencia la protección amplia de la mujer —colectivo que no es minoritario, como los consumidores, que es particularmente tutelado también en sus intereses económicos— y su evidente vulnerabilidad generada por diferencias firmemente establecidas hace mucho tiempo, que exige ser superada mediante concretas acciones positivas.

Las analogías son fáciles de advertir porque son ellos dos ámbitos de protección todavía en construcción y que se caracterizan por una constante evolución. En ese orden, mujeres y consumidores son destinatarios "de una concesión legal acordada a una categoría de personas por el mero hecho de pertenecer a la misma, nada debe requerir ni probar el consumidor en relación con la situación desventajosa en la que se encuentra, pues esta resulta presumida por la ley" (Berardi, Fabiana - Sosa, Enrique Toribio, "Beneficio de gratuidad al consumidor: comparación con el beneficio de litigar sin gastos civil y comercial y con el beneficio de gratuidad laboral", Cuadernos de doctrina judicial de la Provincia de La Pampa, Vol. VII N° 2, diciembre 2015, Poder Judicial de la Provincia de La Pampa, p. 233).

Por esos motivos, en la enseñanza y en el ejercicio de la Magistratura, estimo preferible aludir al Derecho del Consumo antes que a la más acotada noción de Derecho del Consumidor. Aquel se integra con la

reglas tutelares del Cód. Civ. y Comercial y la LDC y con las normas referidas por el art. 3 de este último ordenamiento, mediante un diseño legal que disciplina los derechos de los consumidores y, además, las concordantes obligaciones de los proveedores que surgen del sistema jurídico, tengan origen en reglas generales o especiales. O, en síntesis, las condiciones de actuación de los empresarios, quienes en forma económicamente organizada y aun ocasionalmente comercializan bienes y servicios en el medio económico (arg. art. 320 Cód. Civ. y Comercial) cuando se configure una relación de consumo (art. 42 CN).

6.3. El art. 1094 Cód. Civ. y Comercial ordena aplicar e interpretar las normas que regulan las relaciones de consumo de conformidad con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable.

Esta disposición incorporada a la regulación de los contratos de consumo se aparta del régimen general de prelación normativa del art. 963, del que resultaría la preeminencia de la LDC que es íntegramente de orden público, porque establece que ante la duda sobre la interpretación del Código o las leyes especiales, prevalece la más favorable al consumidor. Ello significa que el "diálogo de fuentes" permite, insisto que en la relación de consumo de fuente contractual, examinar cuál es el resultado que más favorece al consumidor y combinar las reglas con ese propósito como medio para superar eventuales contradicciones o situaciones no regladas legalmente (puede ampliarse en: Sozzo, Gonzalo, "El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino", Revista de Derecho de Daños; 2016-1 Consumidores, Cita: RCD 1165/2017).

De esa manera, ante la concertación de un contrato de consumo la legislación nacional adopta sin restricciones el principio protectorio pues "los arts. 1094 del Cód. Civ. y Comercial y 3° de la ley 24.240 lo hacen a nivel legal disponiendo que en caso de duda sobre la interpretación de las normas y los principios que regulan la relación de consumo, prevalece la más favorable al consumidor" (Verly, Hernán, "La interpretación del contrato en el Código Civil y Comercial", RCCyC 2020 (octubre), 231, AR/DOC/2866/2020).

Debe tenerse en cuenta que, por razón del diálogo de fuentes que prevé el art. 1, Cód. Civ. y Comercial, "la regla in dubio pro consumidor determina que cuando una norma, general o particular, puede llevar a dos o más posibles interpretaciones, el intérprete debe privilegiar aquella fuese más favorable al consumidor en el caso concreto" (Barocelli, Sergio Sebastián, "Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial", RDCO 273, 1021; Cita: TR LALEY AR/DOC/5192/2015).

No corresponde ahondar más en este punto —solo expuesto para delinear el concreto alcance del principio protectorio— porque aunque contribuye a la formulación de esta decisión plenaria, se trata de consideraciones relacionadas con cuestiones ampliamente conocidas que comprenden aspectos parciales de los vínculos de consumo.

7. Recuérdese que la CSJN ha afirmado reiteradamente que la Constitución Nacional —y los instrumentos internacionales incorporados a ella— asume el carácter de una norma jurídica y, en cuanto reconoce derechos, lo hace para que estos resulten efectivos y no ilusorios, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental (CSJN, Fallos: 327:3677; 330:1989; 335:452, entre otros).

El abordaje de cualquier conflicto jurídico de esta naturaleza no puede prescindir del análisis y eventual incidencia que la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales proyectan en el derecho interno del caso. O dicho de otro modo, la hermenéutica de las normas de derecho común debe adecuarse a la comprensión constitucional de los intereses en juego (CNCom., Sala F, 12/11/2020, "3 Arroyos SA s/ incid. de pronto pago por Baigorria, Mauro A."). Bajo esa directiva de interpretación apreciaré la cuestión por decidir.

Si se prescindiera de esa regla cardinal, se incurriría en una interpretación de las normas subordinadas que atentaría contra su validez constitucional, en virtud de lo dispuesto en el art. 31 de la CN (Fallos: 258:75, 329:5266 consid. 13°) De ahí que las leyes deban analizarse considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado (doctrina de Fallos: 300:417; 302:1209, 1284; 303:248 y sus citas).

La idea de supremacía constitucional contenida en el art. 31 CN y, principalmente, los tratados internacionales que conforman el bloque de constitucionalidad (art. 75:22° CN) configuran la base fundamental de un "sistema de fuentes" en el ordenamiento jurídico argentino, que compele indefectiblemente a integrar el sistema para interpretar y aplicar el derecho junto a los principios y valores jurídicos integrados al Cód. Civ. y Comercial (arg. arts. 1° y 2°).

Bajo esas directivas omitiré las referencias a los antecedentes parlamentarios porque fueron expuestos por la CSJN en el reciente precedente "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (acoto, de cualquier manera, que han sido profundamente analizados e interpretados por Bersten, Horacio L., "La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo", LA LEY, 2009-B, 370; Cita Online: TR

LALEY AR/DOC/1257/2009; y Basso, Santiago Manuel, "El beneficio de justicia gratuita en los procesos de consumo", DCCyE 2012 (diciembre), 61; TR LALEY AR/DOC/5043/2012).

7.1. Puede estimarse consolidada la reconocida concepción de los derechos de consumidores y usuarios como derechos humanos y, por lo tanto, regidos por las Convenciones incorporadas al sistema legal doméstico por el art. 75, inc. 22 CN, cada cual en su propio régimen de protección, de manera que los derechos económicos de niños y niñas, adultos mayores y mujeres deben ser objeto especial de perspectivas diferenciadas —que se agrega a la que les es atribuida en tanto consumidores— y que ello debe reflejarse en el ejercicio funcional de los poderes estatales (véase Tambussi, Carlos E., "Impregnación definitiva de derechos humanos en el derecho de consumidores y usuarios a partir del Código Civil y Comercial unificado", La Ley Online; TR LALEY AR/DOC/3954/2015). Insisto en que no comparto graduación en relación a su protección.

No es extraña ella a la interpretación legal obligatoria que derivará de esta convocatoria plenaria la disposición del art. 1 Cód. Civ. y Comercial, que establece: 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. Además, el art. 3 impone al juez el deber de resolver los asuntos que sean sometidos a su jurisdicción mediante una decisión razonablemente fundada, por supuesto, mediante la aplicación de aquel diálogo de fuentes.

A partir de la marcada tendencia a la protección de los consumidores que impone considerar la regulación del Título III del Libro III como un núcleo "inderogable que deberá operar en el diálogo de fuentes", se ha puesto de manifiesto que "al ser el principio pro consumidor un derecho fundamental, es tributario de las fuentes primarias del ordenamiento jurídico —Constitución, Tratados de Derechos Humanos—, siendo la no regresión un contenido insertado" (Garrido Cordobera, Lidia M. R., "La aplicación del artículo 7° del Código Civil y Comercial y el principio 'pro consumidor'", Revista de Derecho Privado y Comunitario, 2015-1, Rubinzal-Culzoni, Sta. Fe, 2015, p. 395).

Menciono que la CorteIDH juzgó que "cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también 'de convencionalidad' ex officio entre las normas internas y la Convención Americana" (Caso "Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 24 de noviembre de 2006; p. 128).

Y ello debe cumplirse sea mediante "un control de convencionalidad paralelo o integrado al control de constitucionalidad, lo cierto es que lo decidido por la CIDH debe ser acatado por los tribunales nacionales, pues los Estados Partes no pueden invocar un fundamento jurídico nacional (normativo o jurisprudencial) para incumplir las obligaciones que surgen de la convencionalidad a la que han adherido" (cfr. Rosatti, Horacio, "El Código Civil y Comercial desde el Derecho Constitucional", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 69).

7.2. Dos son las garantías convencionales en el orden internacional vinculadas a la cuestión por decidir en esta convocatoria plenaria: la del art. 8, primer párrafo, y la del art. 25, inciso 1, de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El primero "señala que toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter (..) Ese artículo no contiene un recurso judicial propiamente dicho, sino el conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales para que pueda hablarse de verdaderas y propias garantías judiciales según la Convención. El artículo 8 reconoce el llamado "debido proceso legal", que abarca las condiciones que deben cumplirse para asegurar la adecuada defensa de aquellos cuyos derechos u obligaciones están bajo consideración judicial" (CorteIDH, Opinión Consultiva OC 9/87 de 6 de octubre de 1987, ps. 27 y 28).

En suma, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o tribunales en busca de que sus derechos sean determinados o protegidos. Cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al precitado artículo 8.1 de la Convención (CorteIDH, caso "Cantos vs. Argentina. Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 28/11/2002, p. 50).

La Corte Interamericana estimó en ese precedente que la cuantía de la tasa de justicia que debía pagar la víctima vulneraba su derecho de acceso a la justicia, porque era irrazonable al no existir correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido por la ley argentina. Se descartó, además, el argumento del Estado vinculado con la función que está destinada a cumplir la tasa de justicia, que el actor debía pagar por haber sido condenado en costas por la CSJN en última instancia, que tenía por finalidad evitar demandas temerarias (p. 54), pues para satisfacer este derecho se requiere que quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales (p. 55).

Con relación al artículo 25.1 de la Convención, la CorteIDH "ha señalado que dicha norma contempla la obligación de los Estados Parte de garantizar, a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales. Dicha efectividad supone que, además de la existencia formal de los recursos, estos den resultados o respuestas a las violaciones de derechos contemplados ya sea en la Convención, en la Constitución o en las leyes (..) Ello puede ocurrir, por ejemplo, cuando su inutilidad haya quedado demostrada por la práctica, porque falten los medios para ejecutar sus decisiones o por cualquier otra situación que configure un cuadro de denegación de justicia. Así, el proceso debe tender a la materialización de la protección del derecho reconocido en el pronunciamiento judicial mediante la aplicación idónea de dicho pronunciamiento. La Corte ha establecido que para que exista un recurso efectivo no basta con que este exista formalmente (...) el recurso debe ser idóneo para combatir la violación y que sea efectiva su aplicación por la autoridad competente (...) un recurso judicial efectivo implica que el análisis por la autoridad competente de un recurso judicial no puede reducirse a una mera formalidad, sino que debe examinar las razones invocadas por el demandante y manifestarse expresamente sobre ellas" (Caso "Trabajadores Cesados de Petroperú y otros c. Perú. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas". Sentencia de 23 de noviembre de 2017, puntos 154 y 155, y sus muchas remisiones a otros precedentes).

La idoneidad y la efectividad del recurso judicial que prevé el art. 53 LDC derivado de la gratuidad, se desvanecerían ante la necesidad de promover un beneficio procesal de litigar sin gastos porque, de esta manera, se desplaza la legitimación que se confiere a la otra parte hacia el juez que entiende en el asunto. La tutela de los vulnerables no pasaría de ser, entonces, una declamación carente de contenido real.

Recuérdese que la CSJN así lo estableció en Fallos: 338:1344 (considerando 4°) al decidir que la protección que la Constitución Nacional encomienda a las autoridades no puede quedar circunscripta solo al reconocimiento de ciertos derechos y garantías sino que además debe asegurar a los consumidores la posibilidad obtener su eficaz defensa en las instancias judiciales.

7.3. En el ámbito regional la Res. N° 36/19, Mercosur, GMC —incorporada al ordenamiento jurídico nacional y publicada como Anexo de la Res. N° 310/2020 de la Secretaria de Comercio Interior, BO 11/09/2020, página 48— que reconoce la vulnerabilidad estructural de los consumidores en el mercado y establece que el sistema de protección del consumidor se integra con las normas internacionales y nacionales, tiene el objetivo de tutelar al consumidor y se rige —entre otros— por el principio de progresividad y no regresión.

En ese sentido, impone a los Estados Partes adoptar medidas apropiadas para lograr progresivamente la plena efectividad de los derechos de los consumidores que se derivan de las normas internacionales y nacionales, sin retroceder en los estándares de tutela alcanzados en los niveles normativos de protección ni en la implementación de la política de protección del consumidor, considerando los costos y beneficios de las medidas que se propongan.

7.4. En el marco de simples recomendaciones y sugerencias a los Estados las "Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor" establecen que corresponde a los gobiernos formular, o mantener una política enérgica de protección del consumidor, teniendo en cuenta las directrices que figuran más adelante y los acuerdos internacionales, pertinentes. Al hacerlo, cada gobierno debe establecer sus propias prioridades para la protección de los consumidores, según las circunstancias económicas, sociales y ecológicas del país y las necesidades de su población y teniendo presentes los costos y los beneficios que entrañan las medidas que se propongan (N° 2).

Se indica, además, que los gobiernos deben establecer o mantener medidas jurídicas o administrativas para permitir que los consumidores o, en su caso, las organizaciones competentes obtengan compensación mediante procedimientos oficiales o extraoficiales que sean rápidos, justos, poco costosos y asequibles. Al establecerse tales procedimientos deben tenerse especialmente en cuenta las necesidades de los consumidores de bajos ingresos (N° 32).

8. El alcance del beneficio de justicia gratuita se inserta en el más extenso marco constitucional y convencional mencionado en los apartados precedentes.

En tal sentido, es oportuno dejar sentado que el acceso irrestricto a la justicia es solo uno de los elementos de la más amplia garantía de la tutela judicial efectiva que, a la vez, se distingue del debido proceso adjetivo (art. 18 CN) sin perder por ello la estrecha integración conceptual y funcional que mantienen.

Aunque referidas al proceso administrativo, puede coincidirse con las consideraciones relativas a que, como derivación de la incorporación a nuestro ordenamiento de la Convención Americana de Derechos Humanos, esas dos "garantías guardan una relación de género y especie, en el sentido de que la tutela judicial efectiva comprende a la garantía de la defensa y, al propio tiempo, es más amplia, habida cuenta de que tutela, entre otras cosas, el acceso a la justicia para que esta sea efectiva (...) la tutela judicial efectiva apunta: 1) a la eliminación de las trabas que obstaculizan el acceso al proceso; 2) a impedir que, como consecuencia de los formalismos procesales, queden ámbitos de la actividad administrativa inmunes al control judicial; y 3) a asegurar el ejercicio pleno de la jurisdicción (...) el debido proceso adjetivo desarrolla positivamente la protección de los derechos a exponer y plantear con amplitud las pretensiones en el proceso o procedimiento administrativo (derecho a ser oído), a ofrecer y producir la prueba conducente y a una decisión fundada que haga mérito de las principales cuestiones planteadas" (Cassagne, Juan Carlos, "El principio de la tutela judicial efectiva", RDA 2015 101, 1321; Cita Online: TR LALEY AR/DOC/5207/2015, apartado III y nota N° 9).

En realidad, las posturas restringidas y las amplias en esta materia parten de una apreciación diversa de la intensidad de la protección legal que se debe dispensar a los consumidores y usuarios. Por ese motivo también parece que enfocar la cuestión solo desde la eliminación —definitiva o solo temporaria— de los impedimentos económicos iniciales, podría implicar la negación de la obligación estatal de prestar tutela judicial efectiva en aquellos casos en que es, precisamente, más necesaria para paliar las condiciones de vulnerabilidad en que se encuentran los consumidores.

Admitir que el demandante pueda únicamente exonerarse de tasas y sellados significa allanar parcialmente los obstáculos iniciales sin profundizar en el principio protectorio, que presenta contornos ciertamente de mayor significación. Recuerdo que en el caso "Ledesma, María L. c. Metrovías SA" (Fallos: 331:819), la CSJN señaló que los usuarios y consumidores son sujetos particularmente vulnerables a los que el constituyente decidió proteger de modo especial (considerando 7°).

Esa protección diferenciada no parece que se ubique dentro del estándar constitucional si solo se reduce a permitir el acceso a la justicia sin trabas económicas, apreciación relevante sin duda, pero que se desentiende de las vicisitudes de idéntica naturaleza que puedan suceder en la tramitación del proceso. El criterio que se inclina por exigir la tramitación del beneficio de litigar sin gastos o sus equivalentes en los ordenamientos procesales locales, parece asimilar carencia de recursos con vulnerabilidad. El consumidor no debe ser necesariamente pobre para quedar al amparo de la legislación que lo protege.

Debe tenerse presente la naturaleza de los derechos en juego y el sujeto que demanda la tutela judicial efectiva puesto que, como ha dicho la CSJN, a partir de la reforma constitucional de 1994 cobra especial énfasis el deber del legislador de estipular respuestas especiales y diferenciadas para los sectores vulnerables, con el objeto de asegurarles el goce pleno y efectivo de todos sus derechos. Dicho imperativo constitucional resulta transversal a todo el ordenamiento jurídico (Fallos: 342:411 y 344:1788). Insisto que la vulnerabilidad no se origina únicamente en la escasez de recursos económicos, pues el desequilibrio genético que caracteriza la relación de consumo es el distinto nivel de acceso a la información.

La Suprema Corte de Justicia mexicana ha puntualizado con precisión, desde el punto de vista del marco referencial en que se entablan las actuales relaciones de consumo, que el "acceso eficaz a la justicia no es un aspecto meramente jurídico. El que un país logre que las personas tengan la facilidad de acudir a un juez para dirimir sus controversias y que este determine sus derechos genera consecuencias positivas en el ámbito económico, social y cultural de la sociedad. Nuestro sistema jurídico en general y el procesal en particular fueron diseñados desde una perspectiva individualista, que si bien esta concepción satisfizo las necesidades jurídico sociales de cierta época, en la actualidad este sistema ha dejado de ser del todo eficiente para garantizar el acceso a la justicia de los ciudadanos" (SCJN, Primera Sala, amparo directo 244/2009 promovido por la Procuraduría Federal de Protección al Consumidor, con cita expresa de la opinión de Ovalle Favela, José, "Comentarios a la Ley de Protección al Consumidor", México, McGrawHill, 1995, p. 154).

Modificaciones políticas, sociales, económicas y la concepción del Derecho "como una construcción cultural, frente al cambio en la sustancia del pensamiento legislativo, jurisprudencial y doctrinario, como así también de origen fáctico (...) produce un cambio de paradigma" (Lanzavechia, Gabriel E., "La gratuidad en las actuaciones de defensa del consumidor: hoy, un ideal incumplido, 5 de Abril de 2018"; http://ar.microjuris.com - MJ-DOC-13498-AR; id., SAIJ: DACF180254) que en nuestro medio jurídico cuenta

con el impulso inocultable de la reciente codificación civil y comercial unificada.

Nuestra CSJN ha marcado en esta materia un camino que es ciertamente irreversible, haciendo interpretaciones que colocan en primer término a la persona humana y el contexto en el que desenvuelve su proyecto de vida.

En la relación de consumo si el principio procesal que autoriza a imponer las costas al vencido se aplica sin hacer las pertinentes distinciones ello "contraría no solo la letra de la ley que establece en su art. 53 la gratuidad de recurrir a la justicia, sino los objetivos que tuvo en miras el dictado de la norma a fin de proteger al más débil de dicha relación consumeril (...) sería admitir que el consumidor se encuentra expuesto a ser vilipendiado no solo en el ámbito de la relación de consumo, donde no obtuvo respuesta satisfactoria a sus derechos sino nuevamente cuando ante la negativa de la requisitoria extrajudicial, necesita recurrir al ámbito judicial y en ella se lo carga con las costas del proceso o de los rubros no admitidos, lo que resulta verdaderamente repugnante y contrario a los fines que el legislador tuvo en miras al decretar la gratuidad del trámite judicial el que evidentemente, se encuentra infundado por el espíritu tuitivo que gobierna a la ley 24.240, que además ostenta raigambre constitucional (art. 42, CN), resultando obligatoria su aplicación, atento al carácter de orden público expresamente establecido" (C. 3ª Civ. Com. Minas Paz y Trib. Mendoza, "Segovia, Carmen c. Jumbo Retail Argentina SA s/ daños y perjuicios", 04/02/2014, LA LEY Gran Cuyo 2014 (mayo), 425; RCyS 2014-IX, 206).

La ilimitada gratuidad del proceso promovido por el consumidor se rige, entonces, por el principio constitucional y convencional de la tutela judicial efectiva —que comprende las garantías del acceso a la justicia y del debido proceso— e impone interpretar ampliamente la necesidad de remover todos los obstáculos económicos, iniciales o sobrevinientes, que pudieran disuadir al demandante de introducir el reclamo al que se considera con derecho.

Además, es pertinente recordar que el Alto Tribunal Federal ha considerado que "el beneficio de litigar sin gastos, encuentra sustento en dos preceptos de raigambre constitucional: la garantía de defensa en juicio y la igualdad ante la ley, ya que por su intermedio se asegura la prestación del servicio de justicia, no ya en términos formales sino con un criterio que se adecua a la situación económica de los contendientes" (Fallos: 326:818). La vinculación con la decisión que se emite en este fallo plenario no necesita demostración, no solo por su referencia a un supuesto de gratuidad procesal, sino de manera principal porque le confirió protagonismo a la igualdad efectiva.

La igualdad, precisamente, no puede reducirse a un plano formal ni proveer fundamentos a decisiones judiciales que hagan abstracción de la esencia de la relación de consumo, construida en base a asimetrías ciertas de la más distinta índole. Tampoco puede considerarse como un derecho absoluto que no admita razonables modulaciones interpretativas (arts. 28 y 33, CN). Abordajes como este conducen indefectiblemente a la infracción del principio protectorio y contribuyen a profundizar la disparidad entre proveedores y consumidores.

Dicha garantía constitucional está prevista en el Preámbulo, y en los arts. 16, 20 y 75, inc. 23. Fecunda ha sido su interpretación y aplicación en la jurisprudencia de la CSJN y los demás tribunales de toda la República, así como objeto de la prolífica labor de los autores. Además, es tradicional en la interpretación filosófico-jurídica destacar la tensión entre libertad e igualdad con disímiles planteos argumentales que sugieren respuestas multívocas.

De la más estrecha noción que encuadraba la garantía de igualdad "como el derecho a que no se establezcan excepciones y privilegios que excluyan a unos de lo que, en iguales circunstancias, se concede a otros" (CSJN, Fallos: 105:273 y 153:67, entre muchos otros), se ha evolucionado —en consecuencia de la Reforma de 1994— a imponer al Congreso Nacional la elaboración de legislación y medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno ejercicio de derechos conferidos por la CN y los tratados internacionales (art. 75, inc. 23).

El avance es notorio: se parte de la simple igualdad de posibilidades hasta alcanzar la igualdad real, mediante la actuación que se exige a los poderes públicos. Nada cabe agregar sobre estas conocidas interpretaciones. Me limito a recordar que en referencia al art. 75, inc. 23, dirigida específicamente al legislador federal, nuestra Corte Suprema indicó que esa norma debe igualmente servir de pauta de orientación para toda autoridad estatal en su ámbito de competencia (Fallos: 332:709).

Todo el ordenamiento jurídico aparece influido por estas nociones. La Comisión Redactora del Cód. Civ. y Comercial afirmó que elaboró un Código de la igualdad: "los textos vigentes regulan los derechos de los ciudadanos sobre la base de una igualdad abstracta, asumiendo la neutralidad respecto de las asignaciones previas del mercado. El anteproyecto busca la igualdad real, y desarrolla una serie de normas orientadas a plasmar una verdadera ética de los vulnerables". En consecuencia, aquellos perjudicados por el desequilibrio que caracteriza a las relaciones de consumo están provistos de una tutela diferenciada y

específica que se evidencia en disposiciones legales como el art. 53, LDC.

Suponer que el criterio amplio en la cuestión que aquí examino lesiona la igualdad, ya lo he señalado, no solo conduce a olvidar uno de los principios fundamentales que orientó la sanción del Cód. Civ. y Comercial, sino que también destruye la coherencia propia del régimen de protección legal extenso y eficaz que —como he dicho antes— impone distinguir precisamente aquello que es desigual. No encuentra lugar aquí, remarco otra vez, una expresión meramente formal de la noción constitucional de igualdad, pues la legislación nos impone a los jueces decidir de modo de poder alcanzar la igualdad real, según las circunstancias del caso.

Acertadamente se ha caracterizado "la posición del consumidor frente a la relación de consumo como la de la parte más vulnerable de la misma (situación de débil jurídico). A tal desigualdad natural se propicia corregirla mediante desigualdades jurídicas, inclinando el derecho para el lado contrario de la realidad, lo cual converge en la formulación del derecho de consumo como derecho tuitivo o protectorio" (Tambussi, Carlos Eduardo, "Los derechos de usuarios y consumidores son derechos humanos", LEX Revista de la Facultad de Derecho y Ciencia Política de la Universidad Alas Peruana, N° 13, AÑO XII, 2014, I, disponible en https://revistas.uap.edu.pe>ojs>LEX>article>view).

Es que, como se dijo, "la finalidad perseguida mediante la protección intensificada es la restauración del equilibrio jurídico y económico puesto que tratar como iguales a quienes son intrínsecamente desiguales incrementa la desigualdad, ocasionando un traslado de riesgos injustificado y éticamente reprobado" (Lovece, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales", LA LEY 2017-D, 154 y RCyS 2017-X, 233; Cita Online: AR/DOC/1704/2017, y sus citas).

Apunto en el mismo sentido que el Estado no solo está obligado por su propia razón de existir a garantizar la igualdad en esas condiciones, sino que sus acciones —en la esfera de competencia funcional de los tres Poderes que lo integran— deben dirigirse a evitar la exclusión que podría derivarse de la falta de consideración de las situaciones de vulnerabilidad.

Repito un criterio de interpretación que considero sustancial: la igualdad real se alcanza solo mediante la ponderación de las diferencias. Los proveedores no pueden alegar que son destinatarios de un trato desigual porque, precisamente, el propósito del principio protectorio es restablecer el equilibrio en la relación de consumo que comprende, como es evidente, la amplitud de las vías de reclamación. En pocas palabras, la eliminación de las consecuencias negativas de la desigualdad impone desplegar acciones positivas que pueden suponer un trato no igualitario (véase el cons. 6 del fallo "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento").

En definitiva, no puede olvidarse que el Preámbulo asigna al texto constitucional los objetivos de "afianzar la justicia" y "promover el bienestar general".

La calidad de los derechos en pugna, el diálogo de fuentes, la protección especial que debe dispensarse a quien la necesita, proveer a la defensa de los derechos e intereses incorporados a los arts. 42 y 75, inc. 22, CN y la apertura imprescindible que significa detectar y acompañar los cambios operados en el contexto socio-económico, definen "un modelo de magistrado al cual le impone deberes especiales como es actuar de oficio y fundamentalmente interpretar, tanto las normas sustanciales como las adjetivas, guiado por el principio in dubio pro consumatore" (Alferillo, Pascual E., "El modelo de juez para la resolución de los conflictos de consumo", RDCO 308, 87; Cita: TR LALEY AR/DOC/955/2021).

Una aclaración: los jueces debemos ser estrictamente imparciales, pero también se nos exige emitir pronunciamientos razonables y justos como condición de su eficacia para lograr consenso en su acatamiento por autoridad. Pero aquella imparcialidad no puede confundirse con una pretendida neutralidad ideológica —de naturaleza jurídica, se entiende, y no partidaria— que es casi imposible de alcanzar, porque exigiría reprimir u ocultar la visión del mundo que cada juez pueda tener (Lovece, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales", LA LEY 2017-D, 154 y RCyS 2017-X, 233; Cita Online: AR/DOC/1704/2017, parece coincidir Novick, Marcela, "Implementación práctica de las acciones colectivas, en Práctica y Estrategia", "Derechos del Consumidor", Carlos E. Tambussi (dir.) Ed. LA LEY, 2015, Cap. III.2, p. 121 y ss.).

9. Por su directa vinculación con el presente debate resulta necesario indagar en torno a las razones que justifican la gratuidad que se concede a consumidores y usuarios o a las asociaciones que tienen por objeto específico su defensa.

9.1. Por principio estimo acertado considerar que "el fundamento del Beneficio de Gratuidad no es una presunción de pobreza del consumidor, sino que se trata de un incentivo puesto a su favor por el legislador, para alentar la acción judicial, para potenciar el Acceso a la Justicia, no por el consumidor en sí mismo, sino porque hay un interés público de que se haga cumplir la ley" (Díaz Cisneros, Adriano P., "El bene-

ficio de justicia gratuita del derecho del consumidor es one way fee shifting", ADLA 2021-7, 5; Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1381/2021) porque este punto de vista coloca el examen de la cuestión en el ámbito que le es propio —y que evidentemente excede la ponderación de los aspectos únicamente referidos a los costos de acceso a la jurisdicción— para ubicarse en el más intenso plano de la tutela judicial efectiva.

9.2. Con anterioridad a la vigencia de la ley 26.361 se sostuvo que la gratuidad podría facilitar el acceso de los consumidores y usuarios a la justicia, mediante la remoción de impedimentos económicos —y, agrego, de cualquier otra índole— al optar por iniciar un proceso que, además, sería un aliciente para vencer la pasividad de los vulnerables en tanto crearía convicción acerca de la eficacia de los reclamos levantados ante incumplimientos de los proveedores (Pérez Bustamante, Laura, "Derechos del Consumidor", Astrea, Bs. As., 2004, p. 211, la transcripción de la cita no es textual).

Esta mirada de la cuestión incorpora un ingrediente que no puede pasar desapercibido porque según ella, el acceso a la justicia funcionaría como incentivo para la deducción de demandas, con el efecto de lograr que los proveedores se ajusten en sus vínculos con los consumidores a las exigencias legales. A continuación se completará el razonamiento.

9.3. Si bien en principio el beneficio de litigar sin gastos y el de justicia gratuita prestan la misma protección al beneficiario (no debe afrontar las tasas, gastos y costas relacionados con el trámite de una causa judicial de principio a fin), los motivos de su reconocimiento son disímiles.

Puede compartirse en ese sentido que "el beneficio de litigar sin gastos ordinario está fundado en el principio de igualdad ante la ley y en el derecho a la defensa en juicio, entre otros principios, buscando que todas las personas que se vean obligadas a presentarse ante los estrados judiciales para reclamar la protección de un derecho (o defenderse ante una demanda iniciada en su contra) no se vean limitadas en su defensa por su situación económica (...) Mientras que, el beneficio de justicia gratuita (...) tiene un componente adicional (...) si el instituto fuera idéntico al beneficio de litigar sin gastos, no habría sido incluido expresamente por el legislador en la Ley N° 24.240 en dos oportunidades (...) debe guardar relación con los objetivos de la ley en la que ha sido incluida (..) este componente adicional del beneficio de justicia gratuita está vinculado a un interés superior al del individuo particular (...) [que] ha sido la búsqueda de controlar, proteger y fortalecer al mercado" (Piccardi, Marcelo N., "La sociedad comercial como legitimada activa en la Ley de Defensa del Consumidor. Admisión y alcance del beneficio de gratuidad del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor", Revista Argentina de Derecho Empresario, N° 20; Cita: IJ-CMX-725).

Así quedan perfectamente explicadas las diferencias entre las finalidades del beneficio procesal y la gratuidad establecida por la LDC.

Esa función adicional consiste —en síntesis— en la mejora que provoca en la comercialización de bienes y servicios y en la plena vigencia del principio protectorio. Oponer obstáculos a la promoción de demandas solo conduciría a ocultar el ejercicio distorsionado de las actividades productivas o de prestación de servicios y a eximir al proveedor de las responsabilidades consecuentes. Es preciso tener en cuenta que la LDC se propone conseguir que los proveedores cumplan con las obligaciones que se les imponen (art. 2).

Además, debe ponderarse especialmente que es obligación del Estado prestar protección de diferente intensidad a quien se encuentre en situación de vulnerabilidad, principio sin duda alguna que guía la reglamentación de ese básico mandato hecha en el articulado del Cód. Civ. y Comercial.

9.4. Con fundamentación análoga, en el caso "Ledesma, María L. c. Metrovías SA" (Fallos: 331:819), la CSJN señaló que un contratante racional y razonable juzgaría adecuado invertir dinero, prestar un servicio, obtener ganancias, así como adoptar los cuidados para que los usuarios puedan gozar del mismo en paz y seguridad. La persecución racional de la utilidad no es incompatible con la protección de la persona, sino por el contrario, es lo que permite calificar a un comportamiento como lo suficientemente razonable para integrar una sociedad basada en el respeto de sus integrantes (considerando 9°).

9.5. Limitar la apreciación a la remoción de costos iniciales, relevando al consumidor de atender tasas y sellados, podría frustrar la obligación estatal de tutelar efectiva y diferenciadamente a aquellos que la propia legislación considera vulnerables y necesitados de ella.

Permitir el irrestricto "acceso a la justicia constituye uno de los pilares básicos de un Estado social y democrático de derecho para hacer efectiva la totalidad armonizada de los derechos, dando por resultado una sociedad más equitativa y justa" (Lovece, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales", LA LEY, 2017-D, 154 y RCyS 2017-X, 233; Cita Online: AR/DOC/1704/2017, y sus citas).

9.6. Como se advierte del repaso de las decisiones y opiniones transcriptas precedentemente, la finalidad de incorporar a la legislación el beneficio de justicia gratuita no significó únicamente dispensar a los con-

sumidores y usuarios de afrontar los gastos que pudieran impedir el acceso a la justicia, sino que ha tenido un propósito notoriamente más extenso que apunta, por una parte, al eficaz y eficiente ordenamiento de las transacciones que generan relaciones de consumo y, por otra ciertamente más amplia y trascendente, a la vigencia efectiva de los derechos sociales, civiles, económicos, culturales y ambientales.

Corresponde señalar, además, que esos "derechos económicos, sociales y culturales constituyen un grupo de derechos 'existenciales' en cuanto pretenden asegurar la existencia vital de un hombre ya constituido —por los derechos de primera generación—, procurando garantizar el logro progresivo del mayor grado de desarrollo humano. La consagración de una serie de normas legales de diferente rango que se fundan en la idea de dignidad del consumidor aproximan al Derecho del Consumidor a la racionalidad, tecnologías y prácticas de funcionamiento de los derechos humanos de segunda generación" (Sozzo, Gonzalo, "El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino", Revista de Derecho de Daños, 2016-1, Rubinzal-Culzoni, ps. 238/239, antes citado).

10. Hechas esas precisiones, corresponde ahora ingresar en el núcleo de las distintas posturas, que consiste en determinar si la dispensa de afrontar las costas solo se obtiene cuando se concede el beneficio procesal de litigar sin gastos o si su tramitación es innecesaria.

Considero que el art. 53 LDC reglamenta un beneficio de litigar sin gastos autónomo y automático. También pienso —por razón de las consideraciones precedentes— que debe aplicarse aunque no haya sido requerido, pero ello es ajeno a la presente convocatoria plenaria.

10.1. La autonomía ha sido apreciada desde distintos ángulos.

El Máximo Tribunal indicó que "la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos" (CSJN, "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", cons. 9°) Es pertinente señalar que en ese precedente no se identificaron el beneficio procesal con la dispensa del art. 53, LDC.

Se ha sugerido que su autonomía deriva de que "aun cuando es igual en sus alcances al de litigar sin gastos en cuanto exime al beneficiario de los mismos gastos —así del depósito, del art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Comercial; del pago de la tasa de justicia; y de las costas del proceso— pero que no se confunde con aquel, desde que el primero no depende de instancia o pedido de parte; es definitivo y no provisional; no se acuerda a las resultas del pleito —pues la ley lo contempla para todas las acciones iniciadas—; aprehende necesariamente la gratuidad de todos los gastos de justicia; y no está sujeto a la condición resolutoria de que el beneficiario mejore de fortuna, a diferencia de lo que en tal sentido se establece en el Cód. Proc. Civ. y Comercial con relación al beneficio de litigar sin gastos" (Kielmanovich, Jorge L., "Beneficio de litigar sin gastos" y "beneficio de justicia gratuita", LA LEY del 23/08/2019, Cita Online: AR/DOC/2535/2019; Lovece, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales", LA LEY 2017 D, 154 y RCyS 2017-X, 233; Cita Online: AR/DOC/1704/2017, y sus citas).

Esta diferenciación es evidente, al punto que ha sido reconocida por la jurisprudencia como sustento de la llamada posición restringida (CNCom., Sala D, 08/05/2018, "Cornejo, Elizabeth M. c. Newsan SA s/ ordinario", LA LEY 01/08/2018).

Además, la LDC, vigente por adhesión en la Provincia de Chubut, no hace distingos —en relación a la gratuidad— que autoricen al interprete a formularlos él a su vez en torno a vencimientos totales o parciales en el pleito, ni formular salvedades acerca de futuras e hipotéticas mejorías en la fortuna del consumidor a la manera que sí lo hace el art. 84 Cód. Proc. Civ. y Comercial (CCiv. y Com., Trelew, Sala A, sentencia 005, 2008, "D. P., D. S. c. I. SRL y otro s/ daños y perjuicios" [Expte. 22.264 - año 2007]).

10.2. La automaticidad acaba de ser expresamente reconocida por la CSJN en la causa "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (cons. 8°) de esta manera: "la norma no requiere a quien demanda en el marco de sus prescripciones la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente. Solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio, queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte".

Cabe compartir la definición que la doctrina proporcionó al considerar que "el beneficio de justicia gratuita es un instituto propio del derecho de con-

sumo y de orden público que, por imperio de la ley y de modo automático, concede al consumidor (que interviene como parte en un proceso judicial, sea como actor o como demandado) el incidente de pobreza contemplado en el Código Procesal que resulte aplicable al caso concreto y con el alcance que dicho Código y las leyes locales le confieran" (Manterola, Nicolás I., "Estudio del beneficio de justicia gratuita" (arts. 53 y 55, Ley 24.240), RDCO 310, 273; TR LALEY AR/DOC/1698/2021).

La adhesión al criterio amplio de interpretación que se evidenció en muchos precedentes de la Sala que integro —cuya reiteración íntegra omito por razón de brevedad— se complementó con una derivación lógica que conduce a estimar que la promoción del incidente previsto por la codificación procesal en su art. 78 y ss., no resulta necesaria para admitir la concesión de la franquicia pretendida por el actor; por cuanto la disposición del art. 53 LCD no remite al ordenamiento procesal que rija en el lugar de tramitación del proceso, sino que se ciñe a conferir la gratuidad sin otro aditamento ni exigencia (CNCom., Sala F, 29/06/2010, "San Miguel, Martín H. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", id. 09/11/2010, "Roldán de Bonifacio, Elizabeth T. c. Fiat Auto SA de Ahorro p/fines determinados y otros s/ ordinario"; id. 20/09/2011, "Giudici, María A. c. JP Morgan Chase Bank NA y otros s/ ordinario", id. 11/11/2010, "Aparicio, Myriam S. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario"; íd., 6/05/2014, "Z., A. D. c. Clama SA y otro s/ ordinario"; LA LEY Cita Online: AR/JUR/38540/2014), aunque más no fuera provisionalmente hasta el pronunciamiento final en el que se podría determinar con certeza la configuración de la relación de consumo y, ante su eventual inexistencia, disponer el pago de todos los costes procesales (tasas, sellados y costas).

En coincidencia, pero con referencia a las acciones promovidas en defensa de derechos de incidencia colectiva, se ha dicho que "no es necesaria la promoción del incidente que prevé el ordenamiento procesal correspondiente a los fines de obtener el beneficio de litigar sin gastos" (Pagés Lloveras, Roberto M., La "justicia gratuita" en la Ley de Defensa del Consumidor, a 25 años de su sanción, RDCO 295, 478; Cita Online: AR/DOC/3742/2018).

También se dijo que "es conferido de un modo automático por la ley y configura una presunción *iuris tantum* a favor del consumidor en cuanto a que carece de los recursos necesarios para hacer frente al pleito abarcando esta prerrogativa todas las cargas económicas del proceso, incluso las costas" (Arias, María Paula - Müler, Germán E., "La tutela efectiva de los derechos del consumidor. Con especial referencia a las provincias de Tucumán y Santa Fe", SJA 17/10/2018, 29 y JA, 2018-IV; Cita Online: AR/DOC/3424/2018; Frúgoli, Martín A., "En busca del orden interpretativo en el actual beneficio de justicia gratuita de la ley del consumidor", elDial DC1787). Recuérdese cuanto he señalado en el apartado anterior en relación al contenido de la tutela judicial efectiva y su influencia en la gratuidad de las acciones judiciales basadas en relaciones de consumo.

En posición que pone el acento en evitar actividad procesal inútil se ha propuesto "que la aplicación automática del beneficio de gratuidad a favor del usuario o consumidor encuentra su justificación en que de esta manera se evitarán impugnaciones, pruebas y trámites que puedan ralentizar el proceso, eliminando la vía expedita que contempló la ley. Especialmente cuando, por lo general, las causas basadas en el derecho del consumidor cuentan con pretensiones de montos exiguos" (Colombo, Carlos - Kiper, Claudio M., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado, 3ª edición, actualizada y ampliada, Tomo I, LA LEY, Bs. As. 2011, ps. 520/521; Picasso, Sebastián - Vázquez Ferreira, Roberto A., "Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2009, p. 672).

10.3. Parece evidente que si se admite la dispensa de afrontar los gastos, con independencia del alcance que se le atribuya, la demostración de la carencia de recursos es presumida por la ley al menos hasta que a instancias de la otra parte —el proveedor— se demuestre lo contrario.

En esa dirección además de presumir la falta de recursos del consumidor o usuario el legislador estableció una inversión de la carga probatoria de la solvencia, que corresponde ahora al proveedor de bienes o servicios. A la vez, ese incidente de solvencia confiere sentido a la exoneración de soportar todos los gastos que la tramitación del proceso origine.

Señalo que a esa presunción puede agregarse que se ejerció una opción legislativa que, en base a la posible disparidad económica, impone al proveedor soportar todos los costos que genere la tramitación de un proceso judicial cualquiera que fuere su resultado.

La posición restringida altera el régimen legal descripto pues parte de una interpretación exactamente inversa: el consumidor —y no el proveedor— es quien debe demostrar su falta de solvencia acudiendo al procedimiento procesal pertinente.

Entiendo que la doctrina del fallo "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" en orden a la automaticidad, ha privado de apoyo al criterio jurisprudencial que, aunque reconoció que "las acciones judiciales instadas a la luz de la ley de defensa del consumidor cuentan con el beneficio de justicia gratuita, ello no se traduce en la concesión

de un Bill de indemnidad para las asociaciones de consumidores como para los usuarios, quienes, una vez que se encuentren habilitados gratuitamente a la jurisdicción, deben atenerse a las vicisitudes del proceso, incluida la condena en costas, de cuyo pago solo podrán eximirse si cuentan con una sentencia firme que les acuerde la franquicia para litigar sin gastos" (CNCom., Sala D, 11/07/2019, "González, Martín F. c. Auto Generali SA y otros s/ sumarísimo"; La Ley Online: AR/JUR/23373/2019).

11. Es usual el criterio que postula evitar que se confiera al art. 53 LDC un alcance amplio porque ello significaría avalar una indebida injerencia del Estado en la esfera patrimonial de los ciudadanos, en claro desmedro al respeto de los derechos de igualdad y de propiedad que consagra nuestra Ley Fundamental (arts. 16 y 17); finalidad que, ciertamente, no puede ser la perseguida por el legislador.

En relación a la garantía de igualdad remito a cuanto he expuesto en el apartado 8. Solo añado aquí que exigir al consumidor el trámite del beneficio procesal de litigar sin gastos para obtener la franquicia de gratuidad, es también una manera de establecer una desigual apreciación de los derechos e intereses.

A ello puede responderse, como se hizo en un profundo análisis de la regla constitucional que, sin acudir a complejidades dialécticas, señaló que el referido "art. 42 de la Constitución Nacional contiene una referencia normativa macro (vinculada con el funcionamiento de la economía) y una referencia normativa micro (vinculada con la relación específica usuario-prestador-servicio y consumidor-oferente-producto). La instancia macro tiene como protagonista central —aunque no excluyente-al Estado, refleja un paradigma de vinculación con el mercado (el paradigma intervencionista) y se expresa primariamente (aunque no de modo exclusivo) en el marco legislativo" (Rosatti, Horacio Daniel, La "relación de consumo" y su vinculación con la eficaz protección de los derechos reconocidos por el artículo 42 de la Constitución Nacional, RDPC, 2012-1, "Eficacia de los derechos de los consumidores"; Cita: RC D 21/2015).

La coexistencia de esos dos planos en una misma disposición constitucional, que como he dicho no pueden escindirse sin transgresión del modelo protectorio de personas o grupos humanos colocados en una posición de vulnerabilidad, quedó reforzada con la caracterización antes mencionada de la ley 24.240 como norma de orden público, aspecto frecuentemente desatendido en la interpretación de cuestiones como la que aquí se juzga y que, por otro lado, se inserta en la notoria tensión entre igualdad real o solo meramente formal que adquiere principal protagonismo en esta materia.

En el mismo sentido se opinó que en "los arts. 42 y 43, la Constitución Nacional establece una relación jurídica de al menos dos dimensiones entre los derechos, obligaciones y garantías que hacen al consumo y la competencia: una dimensión individual (derechos y obligaciones individuales) de reconocer el derecho a adecuadas condiciones de satisfacción de deseos y necesidades individuales y familiares; y una dimensión pública (derechos y obligaciones de incidencia colectiva) de aumento o disminución de la calidad de vida y del bienestar general, derivada de la agregación de las múltiples acciones individuales o familiares y la incidencia colectiva que tiene la mayoría de los derechos y obligaciones relacionados con el consumo" (Cionfrini, Ernesto, "La protección de los mercados y la competencia en la Constitución Nacional", DJ 2002-2, 305; TR LALEY AR/DOC/19013/2001).

Esa interrelación, además, ha sido apreciada en una perspectiva que considera que las premisas del intervencionismo estatal "en el mercado, a través de la regulación del contenido contractual, se encuentran trazadas en nuestra Constitución Nacional, desde que protege tanto la libre iniciativa privada, como el resguardo de los derechos de los consumidores y usuarios" (Santarelli, Fulvio G., "La regulación del mercado a través del contrato. una propuesta para la protección del empresario débil", LA LEY 2007-C, 1044; TR LALEY AR/DOC/1783/2007).

El problema interpretativo reside, en todo caso, en el alcance que se prefiera atribuir a la intromisión estatal de manera que de ella no resulte la vulneración de otros derechos y garantías. Pero evitar esas lesiones no significa desconocer la circunstancial preeminencia de la aplicación de algunos respecto de los otros —opción que se debe ejercer con especial consideración de los derechos afectados—, ni resignar la primordial función estatal de regular con mayor o menor rigor, según los requerimientos del contexto social y económico, los medios que se estimen más aptos para alcanzar la igualdad real y la protección íntegra, como surge del mencionado art. 75, inc. 23, CN, que impone al Congreso "legislar y promover medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos".

En esta apreciación no parece que si se exonera al consumidor de afrontar las costas medie vulneración del derecho de los profesionales que intervengan en la causa, porque ellos conservan la facultad de requerir la satisfacción de su remuneración a sus clientes (véase Condomí, Alfredo Mario, "El beneficio de justicia gratuita en conexión con el beneficio de litigar sin gastos según jurisprudencia contradictoria

en materia de consumo", 30 de Julio de 2019, Id SAIJ: DACF190124). Por esa razón —y para evitar la posiblemente injusta sobrecarga económica al proveedor o algún eventual ejercicio abusivo de la gratuidad— se ha previsto el "incidente de solvencia" en el art. 53.

Contribuye a reforzar esa consideración la imposición diferenciada de las costas que ha decidido la CSJN, que en dos precedentes ya mencionados exoneró a las asociaciones actoras decidiendo los casos "sin especial imposición de costas", pero sometió a los proveedores demandados al régimen procesal común en la materia (CSJN, 25/02/2021, "Proconsumer c. Banco Patagonia SA s/ sumarísimo"; 11/03/2021, "Proconsumer c. Galeno Argentina SA s/ ordinario").

En cuanto concierne al Poder Judicial y otros operadores jurídicos, recuérdese que las "100 Reglas de Brasilia sobre acceso a la justicia de la personas en situación de vulnerabilidad", elaboradas en la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, "tienen como objetivo garantizar las condiciones de acceso efectivo a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad, sin discriminación alguna, englobando el conjunto de políticas, medidas, facilidades y apoyos que permitan a dichas personas el pleno goce de los servicios del sistema judicial" (Regla 1).

Se recomendó en esas Reglas "la elaboración, aprobación, implementación y fortalecimiento de políticas públicas que garanticen el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad. Los servidores y operadores del sistema de justicia otorgarán a las personas en condición de vulnerabilidad un trato adecuado a sus circunstancias singulares. Asimismo se recomienda priorizar actuaciones destinadas a facilitar el acceso a la justicia de aquellas personas que se encuentren en situación de mayor vulnerabilidad, ya sea por la concurrencia de varias causas o por la gran incidencia de una de ellas" (Regla 2).

La Regla 24 enumera como destinatarios a "todos los operadores del sistema judicial y quienes intervienen de una u otra forma en su funcionamiento", que incluye a los Abogados y sus organizaciones profesionales.

No pierdo de vista que cualquier posible sacrificio patrimonial como los examinados se configurará en un muy reducido universo de casos integrado por aquellos en los que se condene en costas al consumidor demandante.

12. Otro argumento corriente para justificar la posición restringida refiere al efecto multiplicador que causaría en la cantidad de litigios.

Además de señalar a todo evento que ese incremento no ha sucedido, no considero que pueda sostenerse seriamente porque implicaría transgredir la garantía de la tutela judicial efectiva con desatención de la esencia de los derechos en debate. Repito que el sistema protectorio de los consumidores antes mencionado se estructura para restaurar el equilibrio en relaciones asimétricas, como las que originan vínculos de consumo, que requieren una protección ciertamente diferenciada que no parece posible rehusar con fundamento en especulaciones de dudosa consistencia que no se han comprobado en el funcionamiento diario del Poder Judicial.

Por esa razón, se dijo con acierto que "la aplicación de esta interpretación amplia no debe significar temor alguno respecto de la posibilidad que exista una catarata de juicios o abusos en los planteos efectuados, sino por el contrario corresponderá al juzgador evaluar en cada caso conjuntamente la seriedad de planteo y las circunstancias derivadas de la causa, y frente a un supuesto de manifiesta irrazonabilidad, imponer las costas del litigio al consumidor" (Arias, María Paula - Quaglia, Marcelo C., "El beneficio de justicia gratuita en el ámbito del consumo", RDCO 294, 139; Cita: LALEY AR/DOC/3754/2018).

En tal sentido especialmente debe tenerse en cuenta que el ejercicio abusivo de los derechos no puede ser consentido por los jueces, pero es claro que su configuración debe ser juzgada en el caso concreto y no en base a la construcción de impedimentos que la ley no prevé.

En esa misma dirección se decidió que si bien el beneficio de gratuidad opera automáticamente ante la interposición de una demanda con sustento en el art. 53, lo cierto es que se otorga a la parte accionada la facultad de demostrar incidentalmente la solvencia del consumidor y, una vez acreditada, provocar el cese de la franquicia. De esta manera, el legislador no limita de manera absoluta la responsabilidad por las costas (lo que en el entender de la postura restrictiva fomentaría la "industria del juicio") ya que se ocupa de regular expresamente un caso excepcional en que el consumidor o usuario deberá cargar con ellas (CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, fallo "Oviedo" antes citado).

La consecuencia de la eventual existencia de un crecimiento "de demandas relacionadas con las normas de consumo", se traduce en un cambio de actitud según la cual "los proveedores de bienes y servicios deberán elevar sus estándares de producción para evitar costos adicionales. Si los proveedores elevan sus estándares, el mercado se vuelve más transparente, más desarrollado y más competitivo" (Piccardi, Marcelo N., "La sociedad comercial como legitimada

activa en la Ley de Defensa del Consumidor. Admisión y alcance del beneficio de gratuidad del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor", Revista Argentina de Derecho Empresario, N° 20; Cita: IJCMX-725). No es necesario destacar que esta visión de la cuestión lleva toda razón pues, ante la reticencia demostrada por los proveedores en producir mejoras de precios y calidad o satisfacer las expectativas de los consumidores, nada parece más adecuado que allanar la introducción de reclamos.

De cualquier manera, el hipotético aumento de casos podrá imponer la adopción de políticas públicas o medidas estatales adecuadas para superarlo, como es su obligación (art. 75, inc. 23, CN), pero no puede justificar la interpretación restrictiva de derechos esenciales de las personas alcanzados por la irretroactividad que les es inherente y que "encuentra su fundamento iusfundamental en el art. 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Económicos Sociales y Culturales, que consagra los principios de progresividad y no regresividad de los derechos humanos económicos, sociales y culturales" (Barocelli, Sergio Sebastián, "Contratos de seguros y derecho del consumidor. Diálogo de fuentes y perspectivas a la luz del nuevo Código Civil y Comercial", RDCO 273, 1021; Cita: TR LALEY AR/DOC/5192/2015).

En conclusión, la supuesta expansión de reclamos no es motivo para cargar a los consumidores con el pago de los tradicionalmente denominados "gastos causídicos". Como fue advertido, la adopción de una posición restrictiva en relación al "acceso a la justicia, según parámetros políticos o económicos (...) puede ser numéricamente eficaz, pero no solo es políticamente detestable sino también inconstitucional en el marco de un Estado de derecho" (Guibourg, Ricardo A., "Justicia, mercado y racionalidad", LA LEY 12/02/2019, 1; AR/DOC/233/2019).

Los jueces solo estamos habilitados, en todo caso, para advertir a las autoridades competentes la posible afectación del servicio de justicia prestado bien y legalmente, pero no para dejar de cumplir con el mandato general de afianzar la justicia sobre una base realmente igualitaria aventurando conjeturas que, por lo demás, la realidad desmiente.

13. Finalizo mi voto ofreciendo el marco teórico que preside la interpretación y aplicación del derecho por sus operadores naturales: los jueces. He sostenido en la enseñanza desde 1994 y como juez de primera instancia, que la vigencia de los derechos de los consumidores no puede ser retaceada en modo alguno, y mucho menos a quienes nos compete garantizar la defensa de la persona y sus derechos e intereses.

La función que nos está impuesta a los jueces por la Constitución contiene directa exigencia vinculada a garantizar la igualdad y la justicia social. La primera se logra corrigiendo asimetrías y asignando efectos diferenciados. La segunda mediante un cuidadoso reparto de recursos (cargas, obligaciones o imposiciones económicas) que puedan derivar de las sentencias, aliviando a unos y recargando a otros. Si bien se advierte son las dos caras de una misma moneda.

Como ha dicho un destacado profesor que recibió un doctorado honorario de la mejor Universidad argentina, según estándares internacionales de clasificación, "[l]a justicia es responsabilidad de todos. Todos tratamos de ser justos. El poder judicial difiere de los demás, sin embargo, porque no tiene otra finalidad que la justicia y está organizado de tal manera para servir esa finalidad. Debido a que los jueces son imparciales y escuchan agravios que de otra manera hubiesen deseado ignorar, y debido a que ellos deben justificar sus decisiones en términos de principios compartidos, lo más probable es que harán justicia más que cualquier otra institución, incluyendo la legislativa y la ejecutiva. Por esa misma razón, la adjudicación debiera ser vista como una elaborada estructura del poder consagrado a asegurarse que la justicia se cumpla. Algunos teóricos del derecho privado han buscado limitar el poder judicial al logro de la justicia correctiva, pero esto es un error. Las cortes pueden buscar justicia distributiva también, como demostró Brown vs. Board of Education, y su progenie" (Fiss, Owen M., La autonomía del derecho, en AAVV "Estado de derecho y democracia. Un debate acerca del rule of law", Seminario en Latinoamérica de Teoría Constitucional y Política, SELA 2000, Del Puerto, Bs. As., 2001, p. 55).

Por esta razón, la función judicial de interpretación legal no puede basarse en la aplicación del método de la ciencia económica al derecho, como antes adelanté. La ausencia de valoración o su reducción al mínimo infringen la dignidad humana, porque reducen a la persona a un mero sujeto económico que actúa guiado solo por su interés en maximizar los resultados positivos. Y bien es sabido que las decisiones de la persona están influidas por factores muy disímiles y muchas veces se ejercen sin poderse preferir opción distinta.

Por ese motivo no puede aceptarse sin debate "que toda sociedad contemporánea necesariamente está formada por individuos que obedecen al paradigma del homo oeconomicus. Aceptarlo así no es sino cerrar los ojos a la realidad social, especialmente en las últimas décadas. La maximización de la propia riqueza, y la búsqueda del propio beneficio pueden haber servido a la economía para racionalizar las conductas, y explicar los términos de la lógica económica. Pero

ello no quiere decir de modo inmediato que todos los comportamientos humanos obedezcan a esa lógica" (Duran y Lalaguna, Paloma, "Sobre el análisis económico del Derecho", Anuario de Filosofía del Derecho, XII, Ministerio de Justicia y Agencia Estatal Boletín Oficial del Estado, España, 1995, ps. 705/718).

El problema, en todo caso, se asienta en pretender racionalizar aquello que no obedece a las reglas de la razón. La previsibilidad o predictibilidad de las decisiones judiciales no es un valor, sino una simplificación que a veces puede producir resultados convenientes, pero que no puede frustrar las diferentes decisiones que correspondan a casos que presenten ingredientes exclusivos o infrecuentes.

A los motivos expuestos puede agregarse la función social que los jueces estamos destinados a cumplir. La vigencia de principios y valores que una comunidad decide aceptar no es creación del juez sino cultural. Sus constructores son, a la misma vez, sus destinatarios y quienes disfrutarán de ellos y los cumplirán. El Poder Judicial solo los identifica y los pone en el centro de su labor interpretativa.

Es indispensable tener presente además que "la función social que cumple la actividad empresarial no se agota en la mera venta del producto, sino que va más allá, como forma de coadyuvar al imperio de la buena fe en las relaciones económicas, que es la finalidad perseguida por el ordenamiento jurídico, como fórmula para el aseguramiento de la paz social, ya que la falta de una ética comercial y el excesivo afán de lucro son contrarios a ella" (Lovece, Graciela I., (2019), "La lealtad en las relaciones de mercado", LA LEY 19/06/2019, 6; Cita Online: AR/DOC/1474/2019). De esta manera, los límites —generalmente imprecisos— que se imponen a la ampliación de los beneficios y que tienen base constitucional —delineada también sin contornos demasiado nítidos— cuentan con justificación suficiente.

Al fin y al cabo es posible percibir un interés comunitario en alcanzar estándares (aclaro, por haber sido enmendado en alguna sentencia de la Sala que integro, que he procurado evitar el uso del anglicismo porque existe este término equivalente en castellano) adecuados de producción de bienes y prestación de servicios que satisfagan derechos, intereses y preferencias de los consumidores y usuarios. Pero como ese grado de aceptación está lejos de alcanzarse, como mínimo deben alentarse las reclamaciones.

La protección de las personas vulnerables es un imperativo legal que no puede quedar solo en ampulosas declaraciones carentes de contenido real y efectivo.

14. Por los fundamentos precedentes, con especial consideración de la reciente doctrina de la CSJN y con el íntimo convencimiento de que con esta decisión que sugiero, hago una módica contribución a la más plena vigencia de los derechos y garantías relacionados con esta convocatoria plenaria y sus efectos obligatorios, voto por la afirmativa y propongo establecer como doctrina legal que: "El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240 exime al consumidor del pago, además de cualquier otro gasto o costo que genere el acceso a la justicia, de las costas del proceso".

Los doctores *Vásquez, Machin* y *Lucchelli* adhieren al voto del doctor *Barreiro.*

Los doctores *Chomer, Kölliker Frers* y *Uzal* dijeron:

La cuestión a decidir en este Acuerdo Plenario se vincula con la contradicción existente entre la sentencia dictada en estas actuaciones por la Sala E, donde se determinó que el beneficio de gratuidad previsto en el artículo 53 de la ley 24.240 (LDC), en caso de que la reclamante resultara vencida, no alcanza a la obligación de sufragar las costas del expediente principal, mientras que la Sala F de esta Alzada mercantil resolvió idéntica cuestión en sentido contrario, con fecha 11/07/2017, en los autos caratulados "Marisi, Lucas c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos" (Expte. N° 8360/17), donde determinó que el beneficio de gratuidad previsto en los arts. 53 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor tiene un alcance o contenido similar, en amplitud, al Beneficio de Litigar sin Gastos.

Sobre este punto se centra la contradicción planteada, esto es, en si el "beneficio de justicia gratuita" que contempla el art. 53 de la ley 24.240 —denominada Ley de Defensa del Consumidor (LDC)— abarca, o no, la obligación de sufragar las costas del proceso.

1°) A los fines de brindar adecuada respuesta al interrogante planteado, resulta esencial analizar el verdadero alcance de la letra de la ley —primera fuente de interpretación—, sin que sea admisible una inteligencia que equivalga a prescindir de esta, pues la exégesis de la norma debe practicarse sin violencia de su texto o de su espíritu (CSJN, Fallos: 307:928).

Es que, por amplias que sean las facultades judiciales en orden a la aplicación e interpretación del derecho, el principio de la separación de los poderes, fundamental en el sistema republicano de gobierno adoptado por la Constitución Nacional, no autoriza a los jueces el poder de prescindir de lo dispuesto expresamente por la ley respecto al caso, so color de su posible injusticia o desacierto (CSJN, Fallos: 329:1586).

Las leyes deben entenderse siempre en forma tal que el propósito que las inspira se cumpla de acuerdo con los principios de una razonable y discreta interpretación (CSJN, Fallos: 267:267; 281:146; entre otros), indagándose el verdadero alcance de la norma mediante un examen atento de sus términos, que consulte la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador (CSJN, Fallos: 282:413), que no debe ser obviada por posibles imperfecciones técnicas de su instrumentación legal que dificulten la consecución de los fines perseguidos por la norma (CSJN, Fallos: 259:63; 265:242; 290:56).

La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se supone (CSJN, Fallos: 306:721; 307:518), por lo cual las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras, computando que los términos empleados no son superfluos sino que han sido empleados con algún propósito, sea de ampliar, limitar o corregir los conceptos (CSJN, Fallos: 200:165).

Interpretar es buscar el sentido y el valor de la norma para medir su extensión precisa y apreciar su eficiencia en cuanto al gobierno de las relaciones jurídicas, aparentemente comprendidas en el ámbito de su vigencia. Pero, dice Ruggiero ("Elementos de Derecho Civil", ed. Madrid, vol. 1, párr. 17, p. 131), ello no solo respecto de la norma legal, cuando esta es oscura e incierta, sino también de la norma legal clara y de la norma consuetudinaria, como de la proveniente de la jurisprudencia, de la doctrina y que surge de la equidad (conf. Llambías, Jorge Joaquín, "Tratado de Derecho Civil, Parte General", T. 1, Año 2010, ps. 97/98).

Llegados a este punto, advertimos procedente recurrir a la teoría de la hermenéutica y analizar el conjunto de principios que debe tomarse en cuenta para una adecuada interpretación de la norma jurídica.

Sabido es que los elementos que constituyen el proceso interpretativo, que a su vez representan los medios de que el intérprete se sirve, son sustancialmente cuatro: (a) el elemento gramatical —las palabras de la ley—, pues de ellas debe deducirse el pensamiento y la voluntad legislativa; (b) el elemento lógico, esto es, la investigación de la norma que intenta la reconstrucción del pensamiento y de la voluntad del legislador mediante la indagación de los motivos que la determinaron, o sea, los fines a que tiende y la ocasión en que se dictó, con lo cual se alcanza el espíritu de la norma que se interpreta. El motivo de la norma, o la ratio legis, es la razón que la justifica, la que se identifica con la necesidad humana cuya satisfacción la norma busca y, por consiguiente, se erige en fin de su institución; (c) el elemento histórico, pues es importante acudir a la historia de las instituciones; y (d) el elemento sociológico de la interpretación, es decir, aquel que atiende a los datos sociales (conf. Llambías, Jorge Joaquín, op. cit., ps. 107 y ss.).

2°) Puestos en esa tarea, con el objeto de arribar a una solución que unifique la postura de esta Cámara, corresponde desentrañar si el "beneficio de justicia gratuita" del art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor N° 24.240 (LDC) tiene similar alcance al "beneficio de litigar sin gastos", regulado en el Título I, Capítulo 6 —arts. 78/86— del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Es de señalar que el paso inicial en el camino a la concreción efectiva de los derechos importa la necesidad de que el sistema legal resulte accesible a todos en condiciones de igualdad.

Así, las últimas décadas de la evolución jurídica han encaminado a los distintos ordenamientos en un proceso de "constitucionalización" del Derecho Privado, tendiente a garantizar derechos que antes no poseían una tutela cabal, entre ellos, los derechos de los consumidores.

En esa línea progresiva que se mantiene en continua evolución, el Derecho del Consumidor aparece como respuesta del derecho frente a las transformaciones sociales, políticas, económicas y culturales que son consecuencia de la consolidación de la sociedad de consumo.

En ese contexto de producción tecnificada y masificada, de estandarización y despersonalización de las condiciones de comercialización de bienes y servicios y de las relaciones entre quienes los adquieren o utilizan y quienes los proveen, se destaca una marcada desigualdad estructural, caracterizada por la debilidad y vulnerabilidad de los consumidores y usuarios frente a los proveedores de aquellos.

De tal suerte, conforme expuso con claridad la Corte Suprema: "Según se desprende de los antecedentes parlamentarios [la Ley N° 24.240 de Defensa del Consumidor], tuvo por fin llenar un vacío existente en la legislación Argentina, pues otorga una mayor protección a la parte más débil en las relaciones comerciales —los consumidores— recomponiendo, con un sentido ético de justicia y de solidaridad social, el equilibrio que deben tener los vínculos entre comerciantes y usuarios, que se veían afectados ante las situaciones abusivas que se presentaban en la vida cotidiana" (CSJN 324:4349).

En esa idea, el tema que nos ocupa roza aspectos sensibles, dados por las implicancias y el impacto que el acceso a la justicia y los costos del proceso representan, eventualmente, tanto para los litigantes como para los profesionales que los representan.

Cabe recordar que la Ley 24.240 (LDC), sancionada en 1993, sufrió el veto del último párrafo del artículo 53 por el Poder Ejecutivo Nacional (art. 8 del Decreto 2089/93), que disponía: "las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán de beneficio de justicia gratuita". Al fundar ese veto se señaló que el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encontraba regulado en forma específica por la leyes provinciales y locales, conforme los requisitos establecidos en ellas, y se entendió "innecesaria la previsión del artículo 53", señalando que, "por otra parte, podría alentar la proliferación de demandas injustificadas".

Luego, la ley 26.361, sancionada con fecha 12 de Marzo de 2008, modificó el referido artículo 53 (artículo 26), en los siguientes términos: "...Las acciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual, gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio...". Esta incorporación, que también alcanzó a las asociaciones de consumidores —art. 55 LCD, reformado por el art. 28 de la ley 26.361— dispuso la concesión automática del "beneficio de justicia gratuita".

La redacción de esta norma ha generado una marcada discrepancia, tanto doctrinaria como jurisprudencial y muestra el nacimiento de distintas posturas sobre el diferente alcance asignado al término "justicia gratuita".

Así, se advierte que parte de la doctrina, con un enfoque amplio, asimila el beneficio de justicia gratuita al beneficio de litigar sin gastos y hace un uso indistinto de ambas expresiones (Gómez Leo, Osvaldo R. - Aicega, María V., "Las reformas a la ley de defensa al consumidor", publicado en Jurisprudencia Argentina, fascículo 8, 2008-III; ver especialmente p. 51, apartado XXII, c y p. 55, apartado XXIV, b; Vázquez Ferreyra, Roberto A. - Avalle, Damián A., "Reformas a la ley de defensa de consumidores y usuarios", LA LEY, 2008-D, 1063).

Otra postura, la teoría restrictiva, discrepa en cuanto a la concepción de ambos institutos, en el entendimiento de que revisten características propias que los distinguen entre sí.

Si bien las posiciones antedichas reconocen un fundamento común en tanto resultan coincidentes en fijar su punto de partida y el foco de atención en la concepción del consumidor como sujeto protegido y velan por garantizarle la plena satisfacción de los derechos constitucionalmente reconocidos que como tal le asisten, entendemos claro que, conceptualmente, existen diferencias que distinguen a ambos institutos y en las cuales resulta necesario ahondar.

3°) Un debido encuadre del caso aconseja comenzar por recordar el debate que traduce de forma más genuina el valor del antecedente parlamentario (CSJN, Fallos: 114:298, 313:4655), que constituye una valiosa herramienta para desentrañar la interpretación auténtica de la ley (CSJN, Fallos: 33:228; 100:51; 114:298; 115:186; 328:4655).

El proyecto de reforma de la ley 24.240 presentado en diputados en el año 2006, contenía en su artículo 26 —sustitutivo del artículo 53— el siguiente texto: "Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. En todos los casos los jueces, al imponer costas, lo harán evaluando la proporcionalidad del monto del juicio y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes".

A su vez, el artículo 28 de aquel proyecto de ley preveía el siguiente texto para el artículo 55 de la 24.240: "Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita y están exentas del procedimiento de mediación previa obligatoria, así como de otros gastos o trámites previos a la promoción de aquellas".

Los fundamentos del proyecto de ley señalaban que "se reinstala en la ley que nos ocupa el beneficio de justicia gratuita para todos los procesos iniciados en su mérito, que había sido oportunamente vetado al promulgarse la ley en 1993, estableciéndose empero la posibilidad de que la demandada alegue y demuestre la solvencia de la parte actora, haciendo cesar el beneficio. Todo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la Justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo. En otro orden, y con el mismo objetivo, se obliga a los jueces a ponderar la proporcionalidad entre monto y costos del juicio y situación patrimonial de las partes, al imponer las costas, una manera de remover una de las causas que a veces desalientan a los consumidores a litigar no obstante saberse con derecho a hacerlo".

Analizado el proyecto en la Cámara de Senadores, el Senador Naidenoff expresó que: "si bien existe una confusión o quizás una errónea redacción —porque se establece que las actuaciones judiciales que se inicien con la presente ley, en razón de un derecho o interés individual, gozan del beneficio de justicia gratuita; y como se ha discutido, no existe justicia gratuita u onerosa—, nosotros consideramos que sobre

esta cuestión es importante insistir en la redacción original de la Cámara de Diputados y, así, garantizar el beneficio de la gratuidad….Quizás podemos eliminar el párrafo en donde se señala "justicia gratuita" y hablar de garantizar el beneficio de litigar sin gastos…".

A ese respecto, la Senadora Escudero se manifestó en el siguiente sentido: "…considero que aquí estaríamos mezclando la competencia nacional con las provinciales. Si bien podríamos establecer la gratuidad de los procedimientos para los juicios que tramitan en la Justicia Federal o en la Nacional de la Ciudad de Buenos Aires, la tasa de justicia es un recurso local de las provincias. En consecuencia, no podríamos obligar a que las provincias acepten este beneficio de litigar sin gastos, porque se trata de un tema local, de recursos absolutamente locales. Yo estoy convencida de que la gratuidad es parte del acceso a la Justicia. Me parece que aquí estamos frente a la democratización del acceso a la Justicia; eso es lo que nos marcan los arts. 42 y 43 de la Constitución Nacional, con las acciones de incidencia colectiva. Sin embargo, no creo que en este proyecto de ley, que es una norma de fondo, tengamos que hablar de la gratuidad o no, porque es un tema esencialmente local".

A su turno, el Senador Martínez expuso que "se dijo durante el debate que este iba a ser el siglo de los derechos de los usuarios. Evidentemente, la gratuidad es un tema fundamental. Pero por allí se planteó que si alguien demostraba ser pobre, tenía derecho a acceder a la Justicia gratuita. En ese sentido, nosotros consideramos que no se tiene que mostrar un carné de pobre para acceder a la justicia. En consecuencia, creo que la redacción propuesta que contemple el beneficio de litigar sin gastos sería la correcta".

Por su parte, el Senador Guinle señaló en su exposición: "En uno de los proyectos que estaban agregados, se dotaba a la futura ley del beneficio de litigar sin gastos y se invitaba a adherir a las provincias. En efecto, esta es una ley de fondo, pero también es cierto que la tasa de justicia le corresponde ser percibida por los gobiernos provinciales. Entonces, como decía la señora senadora Escudero, lo pertinente es establecer el principio de gratuidad, porque corresponde en la ley de fondo, e invitar a que las provincias adhieran a la iniciativa".

El debate se cerró con la palabra del Senador Naidenoff, quien dijo: "quiero aclarar que a la redacción del artículo 53 —que es el artículo 26 del borrador— le vamos a incorporar el apartado de la sanción de la Cámara de Diputados, donde se garantiza el beneficio de la justicia gratuita. Es decir, las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley, en razón de un derecho de interés individual, gozan del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. Eso es lo que vamos a incorporar a la nueva redacción de este artículo. De la misma manera, para las acciones de incidencia colectiva, vamos a garantizar lo que ya garantizó la Cámara de Diputados, es decir, el beneficio de la gratuidad".

De tal modo, el Senado aprobó el texto de los artículos 53 y 55 en la versión que finalmente fue sancionada por el Congreso y promulgada por el Poder Ejecutivo.

Del debate parlamentario se advierte entonces que, si bien existieron posiciones que pretendieron equiparar el beneficio de justicia gratuita al beneficio de litigar sin gastos, los senadores finalmente decidieron seguir la propuesta consistente en fijar legislativamente solo el principio de gratuidad.

Más allá de resultar evidente que si el legislador hubiera tenido voluntad de introducir en el articulado de la ley al "beneficio de litigar sin gastos", ese y no otro distinto, hubiera sido el término utilizado —y más aún cuando el mismo genera interpretaciones ambiguas—, lo cierto es que el propio desarrollo del debate los refiere como dos institutos distintos.

El fin buscado por el legislador es consagrar el acceso gratuito a la justicia para el consumidor, sin gastos de ninguna naturaleza, sin que las restricciones económicas le impidieran u obstaculizaran accionar por el reconocimiento de sus derechos, mas se estima que no estuvo entre sus objetivos eliminar la responsabilidad por las costas frente a un resultado adverso de su pretensión.

4°) La tutela del acceso a la jurisdicción para todos los ciudadanos constituye una de las garantías constitucionales por excelencia y si bien se establecen —vía reglamentación instrumental— algunas condiciones para motorizar todo el andamiaje jurisdiccional, entre ellos, el pago de la tasa de justicia y aportes, también se han creado medios idóneos para que estos se hagan efectivos, tales como, el "beneficio de litigar sin gastos" y el "beneficio de justicia gratuita".

El fundamento último del privilegio de litigar con estos beneficios reside en el deber del Estado de remediar la posible desigualdad entre los litigantes y asegurar a todos los ciudadanos el cumplimiento de la garantía constitucional de la defensa en juicio, de manera tal que los derechos en juego y su consiguiente ejercicio necesitan de esta flexibilización, no en desmedro de los derechos de su contraria, sino en cumplimiento de la garantía constitucional indicada.

Estimamos que cabe, pues, profundizar en las diferencias entre las dos figuras que nos ocupan.

5°) Es largamente conocido en nuestro derecho procesal el instituto del beneficio de litigar sin gastos, que tiene por finalidad proporcionar una adecuada defensa a quienes, dada la insuficiencia de sus recursos, no se encuentran en condiciones propias para afrontar las erogaciones inherentes a toda actuación judicial.

Se ha dicho que el beneficio de litigar sin gastos consiste en la eximición definitiva, o provisoria, que se concede a quienes, por carencia o insuficiencia de recursos, no pueden afrontar, total o parcialmente, las erogaciones que ocasiona la sustanciación del proceso (conf. "Código Procesal Civil y Comercial", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1988, T. I, p. 461).

También se ha señalado, que la institución del beneficio de litigar sin gastos tiene fundamento en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y la de mantener la igualdad de las partes en el proceso, garantía que, por cierto, no se agota en la igualdad jurídica formal, sino que exige una igualación en concreto y cuya premisa está constituida por el libre e irrestricto acceso a la jurisdicción —por lo que cabe, además, seguir un criterio generoso o amplio en su adopción—, no siendo dable, así, exigir la prueba acabada de la carencia de recursos, sino, antes bien, una acreditación de la situación económica del reclamante, sin perjuicio de que la carga de la prueba de la inexactitud de la situación patrimonial descripta por el solicitante del beneficio de litigar sin gastos, recaiga sobre la contraria o el organismo recaudador de la tasa de justicia (conf. Kielmanovich, Jorge L., "Código Procesal Civil y Comercial", T. I, p. 161).

Por su parte, Alsina decía que el objeto fundamental de la declaración de pobreza es establecer la igualdad económica de las partes en el juicio, que pudiera resultar afectada, si, por las inevitables desigualdades de fortuna entre las mismas, una de ellas se encontrara en la situación de no poder hacer valer sus derechos por la carencia de bienes para solventar su actuación judicial. Es, por consiguiente, una de las instituciones que tiende a hacer efectiva la igualdad ante la ley, consagrada en el art. 16 de la Constitución Nacional (conf. Alsina, Hugo, "Tratado Teórico Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial", 2ª edición, Ediar, Buenos Aires, 1998, T. VIII, p. 117).

Consiste, entonces, en la posibilidad que se acuerda a quienes carecen de recursos de litigar ante los tribunales sin abonar impuestos y sellados de actuación, ni las costas del juicio (arts. 83 y 84 Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación), mientras subsistan esas condiciones económicas.

El derecho que nos ocupa, ejercitado a través de un "proceso de facilitación" instrumental, se sustenta en dos garantías constitucionales: la igualdad ante la ley (art. 16) y la inviolabilidad de la defensa en juicio (art. 18).

6°) De otro lado, el instituto del beneficio de justicia gratuita tiene un preciso contenido que lo distingue del beneficio de litigar sin gastos. Se ha dicho que un primer análisis semántico del tema revela diferencias entre ambas instituciones. "Litigar sin gastos" abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales —pago de tasas y sellados— hasta la finalización de las mismas —eximición de costas—. Por el contrario, "justicia gratuita" se refiere, indudablemente, al acceso a la justicia, a la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, que no debe verse conculcado por imposiciones económicas. Ahora bien, una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario. Por otro lado, la "gratuidad", como adjetivo, califica al sustantivo "justicia". La justicia gratuita se perfecciona liberando de toda traba económica el acceso a esta última, representada por gravámenes de tipo fiscal. Existe también un fundamento de orden histórico. Cada vez que en el derecho argentino se ha legislado sobre la gratuidad del procedimiento, se lo ha circunscripto a no limitar con imposiciones económicas el acceso a la justicia, pero sin avanzar sobre las costas del proceso (conf. "La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor", de Enrique J. Perriaux; ejemplar del diario LA LEY, del 24/09/2008) (CNCom., Sala A, 26/12/2017, "Di Matteo, Marcela F. c. Schaupp, Beatriz M. s/ ordinario"; idem, Sala B, 27/09/2013, "PADEC Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Citibank NA s/ beneficio de litigar sin gastos"; idem, Sala D, 04/12/2008, "Adecua c. BNP Paribas SA y otro s/ ordinario", LA LEY, 2009-A, 554; idem, Sala D, 15/11/2012, "Adecua c. Toyota Compañía Financiera SA s/ beneficio de litigar sin gastos s/ incidente de apelación art. 250 CPC"; idem, Sala D, 04/12/2012, "Unión de Usuarios y Consumidores y otro c. Banco Hipotecario SA s/ ordinario"; idem, Sala E, 09/08/2012, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco Roela SA s/ sumarísimo"; idem, Sala E, 10/09/2013, "Proconsumer c. WalMart Argentina SRL s/ beneficio de litigar sin gastos"; idem, Sala E, 30/06/2014, "Acyma c. Arife SA s/ sumarísimo").

Reitérese, pues, que "litigar" es una acción que transcurre durante todo un proceso judicial, mientras que "el beneficio de justicia", en el modo en que es aquí utilizado, hace referencia al acceso al Poder Judicial, a los tribunales.

Ello lleva a concluir que, si se litiga sin gastos, no se debe abonar ni tasa, ni sellado, ni honorarios profesionales, ni ningún tipo de costas durante todo el trámite del litigio; pero que, si lo gratuito es la Justicia, no se deberá pagar ninguna tasa o sellado para promover una demanda, aunque una vez iniciado el juicio habrá que estar al régimen general de gastos en materia de honorarios profesionales y demás costas de todo proceso. Esto, sin perjuicio de que, si la situación económica del litigante lo justifica pueda, además, solicitar de modo más o menos integral, también, el beneficio de litigar sin gastos.

7°) La distinción entre el beneficio de gratuidad y el de litigar sin gastos implica el respeto y reconocimiento de las garantías constitucionales involucradas, a la vez que constituye una armónica conciliación de equidad de los diversos intereses en juego en las relaciones de consumo, en cuya debida composición se encuentra comprometida la paz social.

Y en tal sentido, entre las distinciones que pueden efectuarse sobre el alcance del beneficio de justicia gratuita consagrado legislativamente, cabe recordar que el derecho laboral, que también es un ordenamiento regido por el principio tuitivo de la parte más débil y con fuerte impronta de los derechos protectorios, de enorme alcance social, brinda pautas precisas al respecto.

En efecto, en el derecho laboral, la ley sustancial determina que el trabajador gozará del "beneficio de la gratuidad" (art. 20, LCT) y, por ello, estará exento del pago de la tasa de justicia, pero esto no implica una gratuidad absoluta, por cuanto, si el trabajador resultara perdidoso, deberá abonar las costas.

Es decir, el sistema laboral elimina las trabas que pudieran surgir para que pueda existir un verdadero acceso a la justicia —gastos de iniciación y de tramitación—, pero no incluye una licencia para el pago de los honorarios y costas y, de no resultar satisfecha su pretensión, quedará sujeto al régimen general de costas —principio objetivo de la derrota— y, por tanto, quedará obligado a su pago.

Debe repararse así en que la protección del trabajador y del consumidor involucra la tutela de las interacciones entre los particulares, consagrada en ambos casos con jerarquía constitucional (el primero, mediante el art. 14 bis, en 1957 y el segundo, por el art. 42, en 1994). En consecuencia, no resultaría equitativo conceder una mayor protección al consumidor que al trabajador sin afectar el principio de igualdad (conf. art. 16 de la CN), máxime si se considera que el trabajador normalmente reclama rubros de naturaleza alimentaria.

Sobre este último aspecto, remárcase que en el orden provincial, la casi totalidad de los ordenamientos que regulan el procedimiento laboral en las distintas provincias distinguen el concepto de justicia gratuita —limitándolo a la exención del pago de todo impuesto o tasa— (v. gr., Entre Ríos, Santa Fe, Mendoza, Salta, San Luis, Catamarca, Formosa, Jujuy, Misiones, Tucumán, etc.), mientras que la Provincia de Buenos Aires conforma una excepción a los regímenes provinciales, pues con la sanción de la ley 12.200 se prescribió que los acreedores laborales y de seguridad social tienen acordado el beneficio de litigar sin gastos, con todos sus alcances.

Es que, las garantías constitucionales en juego imponen analizar la cuestión teniendo en cuenta que, si bien la intención de la ley es proteger los derechos de los consumidores, ello en ningún modo puede importar el atropello de los derechos de los demás actores involucrados en las relaciones de consumo, también reconocidos por la Constitución Nacional.

En este marco, en el caso del pago de la tasa de justicia, no existen dudas de que el legislador ha dispuesto que el consumidor debe estar eximido de su pago, puesto que se hallan en juego garantías constitucionales cuyo cumplimiento se encuentra en cabeza de quien debe percibir dicho arancel.

Pero distinto es el caso con relación a las demás costas del proceso y, muy especialmente, en relación a los honorarios de los profesionales de la contraparte y de los peritos y auxiliares judiciales, cuando el consumidor, que ha litigado sin derecho, resulta perdidoso en la acción principal intentada y es condenado en costas.

Es claro que la situación descripta ocasiona un conflicto entre el derecho del peticionante, que es consumidor, pero no por ello necesariamente carece de recursos económicos y los derechos legítimos y también constitucionalmente amparados de los letrados y peritos, que, con toda justicia, quieren que su labor judicial sea remunerada, remuneración que, por otra parte y como ha sido reiteradamente resuelto, también tiene carácter alimentario.

Asimismo, se produce aquí el enfrentamiento de los derechos del consumidor con los de su contraparte, quien, siendo ganadora y no habiendo sido condenada en costas, debería de todos modos afrontar el pago de estas últimas, con una clara afectación de su legítimo derecho de propiedad, que también tiene amparo constitucional.

Es por lo expuesto que debe entenderse que el beneficio de justicia gratuita no es automáticamente equiparable al beneficio de litigar sin gastos, pues, es

claro —se reitera— que no todo consumidor carece de recursos para todos los procesos y, por ende, que por el solo hecho de serlo, este último no debe ser equiparado al beneficiario de un concreto beneficio de litigar sin gastos. Máxime que, aún cuando se encontrara en esa situación, nada obstaría para que pueda recurrir a la vía incidental (art. 78 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación) como complemento del beneficio de gratuidad que la ley ya le confiere, para promover y obtener, en su caso, el beneficio de litigar sin gastos.

8°) A partir de la reforma constitucional de 1994, la función protectora del consumidor se vio elevada al rango iusfundamental, a través de la incorporación de los artículos 41, 42 y 43 y de los tratados internacionales con jerarquía constitucional previstos en el artículo 75, inciso 22, que contemplan también esa función, entre otras normas directas e indirectas.

El impacto de esta normativa en la Constitución Nacional lleva a una nueva mirada respecto del consumidor y de su vulnerabilidad e impone la obligación de las autoridades del Estado de velar por su resguardo, desarrollando un sistema protectorio que opere, incluso, antes de entablar vínculo con el proveedor y que lo informe, lo acompañe, lo guíe y lo apuntale durante todo el trayecto de la relación.

Ya se ha dicho que la reforma de 1994 incorporó además en su artículo 75, inciso 22, una serie de tratados que extienden o amplían sustancialmente los derechos previstos en su parte dogmática. Así, la Convención Americana sobre Derechos Humanos ("Pacto de San José de Costa Rica"), en el Capítulo II referido a los "Derechos Civiles y Políticos", establece en su art. 8 —titulado "Garantías judiciales"—, inc. 1°, que "Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter".

Asimismo, el art. 25 del mismo cuerpo consagra el derecho de toda persona a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los Jueces o Tribunales competentes, que la ampare contra actos que vulneren sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la mencionada Convención.

Por su parte, la Declaración Universal de Derechos Humanos dispone que "Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación" (art. 7°) y que "Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley" (art. 8°).

Y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, en su art. XVIII consagra el derecho a la justicia expresando que: "Toda persona puede concurrir a los tribunales para hacer valer sus derechos. Asimismo debe disponer de un procedimiento sencillo y breve por el cual la justicia la ampare contra actos de la autoridad que violen, en perjuicio suyo, alguno de los derechos fundamentales consagrados constitucionalmente".

Según estas disposiciones, los Estados no deben interferir para que las personas acudan a los tribunales en busca de amparo a sus derechos. En ese sentido, cualquier norma o medida estatal que dificulte el acceso a la justicia y que no esté justificada por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a las citadas normas internacionales.

Llegamos así a la sanción de la Ley N° 26.994, que aprobó el nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, a partir de la cual se han incorporado diversas normas, directas e indirectas, de protección al consumidor.

Ya en su artículo 1°, el Código reitera el axioma constitucional por el cual las leyes de la Nación deben estar en consonancia con los principios rectores de la Constitución Nacional, los Tratados de Derechos Humanos con jerarquía constitucional y los tratados en general. Esta primera norma incorporó criterios propios de los derechos humanos, que pasan así a formar parte de las pautas de análisis del derecho de los consumidores y usuarios, sin perjuicio de lo cual, subsisten la Ley N° 24.240 y, por tanto, se ratifican los términos de los arts. 53 y 55 de dicho cuerpo y demás normas especiales como dos sistemas autónomos, pero entre los que se establecen puentes y relaciones.

9°) Finalmente, cabe hacer mención a la posición asumida por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en relación al tema en tratamiento.

Sabido es que los fallos de la Corte Suprema no son obligatorios para los tribunales ordinarios, quienes mantienen la libertad de apartarse fundadamente de los criterios seguidos en las decisiones dictadas por el Alto Tribunal.

A modo ilustrativo, cabe mencionar el decisorio dictado en los autos caratulados "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro

SA s/ sumarísimo", del 11/10/2011, en el que la Corte declaró la inadmisibilidad de un recurso extraordinario interpuesto por una asociación de consumidores, donde - luego de rechazar el recurso con fundamento en el art. 280 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación— señaló que lo hacía "sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido en el art. 55 segundo párrafo de la ley 24.240", mas sin expedirse concretamente sobre el punto.

En similar sentido, con fecha 24/11/2015, la Corte resolvió en los autos "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Nación Seguros SA s/ ordinario" no exigir a la entidad defensora de consumidores el depósito previsto por el art. 286 Cód. Proc. Civ. y Comercial, con el fundamento de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

Se ha evitado así que los consumidores vean obstaculizado por motivos económicos su acceso al recurso, razón por la cual no se exige el depósito previsto en el art. 286 Cód. Proc. Civ. y Comercial, cuya función es asimilable a la tasa de justicia, sin que se aprecie procedente extender tal exención a la totalidad de los gastos y costas del proceso, como sucede con el instituto del beneficio de litigar sin gastos (conf. CNCom., Sala A, 20/10/2016, *in re:* "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Credicoop Ltdo. s/ beneficio de litigar sin gastos").

A dichos precedentes, se sumaron otros tantos (v. gr., "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario", del 30/12/2014; "Unión de Usuarios y Consumidores c. Banco de la Provincia de Buenos Aires s/ sumarísimo", del 20/02/2018; "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco de la Provincia de Córdoba SA s/ ordinario", del 10/07/2018; "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. Banco Patagonia SA s/ ordinario", del 10/7/2018; "Adecua c. Nuevo Banco Industrial de Azul SA s/ ordinario", del 04/12/2018; "Adecua c. Interplan SA de Ahorro p/ fines determinados s/ ordinario", del 04/12/2018; "Adecua c. Coto Centro Integral de Comercialización SA y otros s/ ordinario", del 04/12/2018; y "Asociación Protección Consumidores del Merc. Común del Sur c. Galeno Argentita SA s/ sumarísimo", del 26/12/2018), en los que el Alto Tribunal circunscribió sus decisiones a no imponer costas en función de los arts. 53 y 55 de la Ley de Defensa del Consumidor.

10°) No se nos escapa que en un caso reciente, ADUC y otros c. Aysa y otro s/ proceso de conocimiento, del 14/10/2021, la CSJN pareciera haber tomado partido por la postura contraria a la que aquí se sostiene al insinuar de algún modo que el beneficio de justicia gratuita consagrado por los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 (con las modificaciones introducidas por la ley 26.361) debe ser interpretado con criterio amplio en el sentido de abarcar no solo los gastos del proceso, sino también las costas del mismo. Sin embargo no puede perderse de vista, que esa apreciación de la Corte fue hecha no para resolver la materia sujeta a decisión en este plenario, consistente en definir si "el 'beneficio' de justicia gratuita (...) exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente" (sic), lo que presupone la existencia de una condena en costas contra el consumidor, sino para juzgar que una razonable interpretación armónica de los preceptos antedichos conduce a sostener que la voluntad del legislador fue la de eximir de las costas al consumidor en las acciones que promoviere (consid. 8°), por lo que, a criterio de la Corte, no correspondería la imposición de costas en esos procesos ni en los recursos traídos a consideración en tales acciones (consid. 10°) Fue por ese motivo que, en ese caso, dejó sin efecto la sentencia apelada en lo concerniente a la imposición de costas, en tanto estas últimas habrían sido impuestas a las asociaciones de consumidores, actoras en ese proceso. Esta cuestión excede, claramente, aquella que es materia de esta decisión plenaria y no afecta entonces a la conclusión a que se arriba, pues aquí no se analiza si deben imponerse costas en este tipo de procesos y a quien corresponde imponerlas, en su caso, sino si, una vez impuestas al consumidor, el beneficio de justicia gratuita tiene el alcance de no tener que sufragarlas.

No obstante ello, los firmantes de esta ponencia no podemos dejar de expresar nuestro desacuerdo con el criterio de la Corte que conduce a no imponer costas, o eximir de ellas, al consumidor en los juicios tramitados en el marco de la ley 24.240 (modif. por ley 26.361). Ello así, por cuanto si bien es dable opinar —aunque los suscriptos no concordemos con ello— que el beneficio de justicia gratuita abarca también las costas del proceso, en el sentido de que, impuestas estas al consumidor, este se halla exento de pagarlas, otra bien distinta es, que no corresponda imponer costas en las acciones y/o recursos en que es parte un consumidor, que es lo que, en definitiva terminó resolviendo el Alto Tribunal (v. considerando 10°).

Es que, la forma en que deben distribuirse las costas del proceso, es materia regulada por los Códigos Procesales que, en el caso de los tribunales nacionales, aparece regida por el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, que no solo establece la necesidad de que la sentencia contenga, bajo pena de nulidad, un "pronunciamiento sobre costas" (conf. art. 163, inc. 8°), sino también regula cómo deben aplicarse las costas, de acuerdo con las circunstancias del proceso y el resultado del juicio (ver capítulo V del Libro I Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, arts. 68 a 86) y ello, no puede confundirse con el hecho de que, una

vez impuestas esas costas, haya determinados sujetos procesales que, por franquicias que la ley suministra, no deben sufragarlas. Esto que es lo que ocurre con aquellos que obtienen el beneficio de litigar sin gastos (Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación: 78 a 86) o, de acuerdo con el pensamiento de quienes no concuerdan con nuestra opinión en este plenario, con todo consumidor que promueve un juicio amparado por el beneficio de justicia gratuita establecido por la LDC.

Interpretamos que en todo proceso judicial, participe quien participe, corresponde que los jueces decidan sobre la forma en que deben ser soportadas las costas, más allá de quien sea condenado a satisfacerlas, deba, o no, pagarlas efectivamente, si existen institutos legales que lo redimen de esa carga. Por lo tanto, no coincidimos con la solución de que, en un proceso donde interviene un consumidor, no corresponde la imposición de costas.

Existen otras dos razones adicionales para dar sustento a esa postura. Primero, no se ha definido que significa "no imponer costas". Podría pensarse que esa expresión constituye una suerte de eufemismo que implica prescribir, sin decirlo, que las costas deberán ser soportadas en el "orden causado". También podría significar, aunque ello sería mucho más injusto, que esas costas deben ser afrontadas por la contraparte, aún cuando hubiera resultado vencedora en el proceso y su postura hubiese sido triunfante frente al consumidor. Sería esta, una decisión sumamente disvaliosa.

Otra alternativa sería que, simplemente, en esas acciones no corresponde que haya un responsable por el pago de las costas y que no habiendo mérito para condenar a la parte contraria y estando exento de ellas el consumidor, no se soportarían costas en esos procesos. Ahora bien, esta hermenéutica también debiera ser descalificada por completo porque el hecho de que el consumidor tenga derecho a un acceso directo a la justicia y goce de lo que la ley llama beneficio de justicia gratuita, de ningún modo puede ser interpretado como una privación del derecho de los profesionales de la abogacía y los auxiliares de justicia a percibir los honorarios que, legítimamente, la ley les reconoce por su participación en juicio, dado que, no habiendo condenado en costas, no tendrían a quien reclamarle tales estipendios.

Es correcto que se propenda a garantizar a los consumidores un acceso rápido y gratuito a la justicia para hacer valer sus derechos, más ello no puede ser logrado a costa de los derechos de los restantes litigantes, los abogados intervinientes y los auxiliares de justicia. Debiera ser en todo caso el Estado, en ese supuesto y adoptada tal solución, quien suministre los medios para garantizar esa gratuidad a través de cuerpos oficiales de asistencia al consumidor o cuerpos de peritos especializados en esas cuestiones, solventados por el propio Estado, de modo que el acceso gratuito a la justicia no conduzca a sacrificar los legítimos derechos de los restantes participantes de tales procesos, y en particular, los de los profesionales que intervinieren en ellos.

Una última reflexión. Ha sostenido el Alto Tribunal, que esta forma de interpretar el beneficio de justicia gratuita que la ley consagra encuentra sustento en la voluntad del legislador evidenciada en los discursos parlamentarios que acompañaron la sanción de la norma, como así también en el texto mismo de esa ley. Sin embargo, más allá de que los suscriptos interpretamos lo contrario, por lo que nosotros inferimos del debate parlamentario, en el propio considerando 8, del fallo que aquí se refiere, la Corte se hace cargo de que así como la norma no exige que el consumidor demuestre una situación de pobreza para que se le otorgue el beneficio, sino que se lo concede directamente, admite al mismo tiempo que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la exención (conf. art. 53 LDC), de lo que concluye que esa sería una clara evidencia de que la voluntad legislativa fue que la exención prevista incluyera las costas. Ello, según la Corte, porque de otro modo no se advertiría el interés de la contraparte en hacer dicho planteo.

Sin embargo, conforme nuestro criterio, esa previsión legislativa indicaría justamente lo contrario. O sea, que siempre corresponde un pronunciamiento sobre costas y, además, que —incluso— este último puede recaer en cabeza del consumidor. La cuestión reside en si, después, este debe sufragarlas o no, estando allí en debate las posturas divergentes que motivaron la convocatoria de este plenario. Pero lo que sí está claro es que si no mediara una imposición en costas, que defina un sujeto obligado a satisfacerlas, en particular cuando este es el consumidor, carecería de aplicación práctica la demostración por parte de la contraria de que aquel es solvente para afrontarlas conforme el procedimiento al que hace alusión la parte final del mentado artículo 53 LDC.

11°) Es por lo expuesto que —sin dejar de valorar los fallos del Superior Tribunal yaún si se entendiera que con la sola referencia al beneficio de justicia gratuita, presupuso la exención de afrontar las costas del proceso o, derechamente, que no cabe imponer costas, "...ese temperamento de la Corte solo es vinculante para las partes y los órganos jurisdiccionales que intervinieron en las causas (conf. Fallos: 245:429; 252:186; 255:119; 316:180; entre muchos otros). Sobre todo, tratándose de una materia propia del derecho procesal, "a priori" ajena a su instancia extraordinaria, aún cuando se encuentre regida por leyes del

Congreso de la Nación (arg. arts. 14 y 15 de la ley 48; Fallos: 303:169, 396 y 1535; 304:380, 892 y 1401; 305:576; 306:1462 y 1626; 307:1572; 308:864; entre muchos otros). Y aunque se sostuviera que la causa involucra la interpretación de normas de derecho federal sustantivo, respecto del cual los tribunales inferiores tienen el deber moral de conformar sus pronunciamientos a la doctrina que surge del precedente, también tiene dicho el Alto Tribunal que no son arbitrarias las sentencias que se apartan de la solución allí fijada, cuando —como en el caso— aportan nuevos fundamentos que justifiquen modificar lo decidido por ella como intérprete supremo de la Constitución (conf. Fallos: 212:51; 307:1094; 312:2007; entre otros) (CNCiv. y Com. Federal, Sala II, Expte. N° 2586/2011, "Consumidores de Pie Asociación Civil c. Telefónica Móviles Argentina SA s/ Incumplimiento de servicio de telecomunic.", del 18/03/2013).

12°) No puede concluirse este análisis sin señalar que tribunales de distintos fueros han adoptado la misma posición que aquí se sustenta, en relación al alcance de la justicia gratuita. A modo ilustrativo, cabe referir: "El artículo N° 53 de la ley N° 24.240, modificado por el artículo N° 26 de la ley N° 26.361, prevé que las actuaciones judiciales iniciadas de conformidad con la Ley de Defensa del Consumidor gozan del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio. Sin duda, esta norma se enrola dentro de la innegable finalidad protectoria de la ley, ordenada a promover el amplio y efectivo ejercicio de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios... el referido beneficio de gratuidad se limita a la posibilidad de demandar sin necesidad de requerir el pago de tasa de justicia. Pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario" (CNCiv., Sala C, "Auri Dee c. Valsugana SRL s/ ART", del 01/11/2012; idem, "Meneses, Noelia c. Gallardo, Jacinta S. s/ daños y perjuicios", del 24/04/2016; idem, Sala I, "G., C.G. y otro c. PE SA s/ escrituración", del 28/08/2018; idem, Sala B, "Van Manen, Paulina M. c. Universidad del Museo Social Argentino s/ daños y perjuicios", del 27/08/2018; entre muchos otros).

"De haber querido el legislador exonerar a quien demanda bajo el amparo de la Ley de Defensa al Consumidor no solo de la tasa de justicia sino de los demás gastos que demanda el proceso, debió haber sido más explícito en la regulación de sus alcances, como, por ejemplo, lo hizo en los artículos 83 y 84 del Cód. Procesal. Por ende, el referido beneficio de gratuidad se limita a la posibilidad de demandar sin necesidad de requerir el pago de tasa de justicia. Pero una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, las que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario" (CNCiv., Sala C, "Berón, María E. c. BAPRO Mandatos y Negocios SA y otros s/ daños y perjuicios", del 16/09/2020).

"El beneficio de gratuidad establecido en la Ley de Defensa del Consumidor procura que el acceso a la justicia de los consumidores no debe ser conculcado por imposiciones económicas, tal como el pago de la tasa de justicia (CNCiv. y Com. Federal, Sala III, causas N° 10.884/09 del 09/03/2010 y sus citas de jurisprudencia y N° 5223/09, del 17/05/2012; idem, Sala II, causas N° 7201/09, del 08/03/2012 y N° 7204/11, del 26/09/2013). Tal cual se expuso en los últimos precedentes, una vez habilitada gratuitamente la jurisdicción, quien reclama debe atenerse a las vicisitudes del proceso, incluida la condena en costas —que conlleva el pago de los honorarios—. Si también pretende eximirse de esa carga, tiene a su disposición, como de hecho sucedió en autos, el beneficio de litigar sin gastos y allí probar la carencia de medios que le impide eventualmente afrontar el pago de los honorarios profesionales... Si se pretende que la ganadora pague los estipendios de sus propios profesionales —y eventualmente de los peritos— habría una traslación del costo del litigio a quien no es responsable de haberlo iniciado. Recuérdese, en este orden, que el principio objetivo de la derrota persigue, al decir de Chiovenda, que el vencedor "no sufra detrimento por causa del pleito" (ver: Palacio, Lino, "Manual de derecho procesal civil", LexisNexis, p. 249 y su cita). La modificación de este principio procesal traería aparejada una carga indebida para el demandado, quien no saldrá indemne porque deberá pagar honorarios que corresponderían a su contraparte. O bien, implicaría que los profesionales de su contraria deban trabajar gratis, proposición cuyo solo enunciado demuestra su sinrazón. La situación de la demandada vencedora y de los letrados que la asisten no es comparable con la que se presenta cuando se concede un beneficio de litigar sin gastos; en esa hipótesis, los profesionales pueden cobrar a su propio cliente, quien a su vez tiene abierta la posibilidad de repetir contra el beneficiario si mejora su situación patrimonial (conf. art. 84 del Código Procesal)" (CNCiv. y Com. Federal, Sala II, Expte. N° 5225/2009, "Proconsumer c. Pluna Líneas Aéreas Uruguayas SA s/ beneficio de litigar sin gastos", del 15/04/2014).

"La ley 26.361 vino a morigerar la situación al reconocer el beneficio de justicia gratuita a favor de quien promueva la demanda "en razón de un derecho o interés individual" (art. 26); y de las Asociaciones

de consumidores en la medida en que se trate de acciones judiciales "iniciadas en defensa de intereses colectivos" (art. 28). Los límites impuestos por el recurso obstan al análisis de este distingo. La gratuidad aludida solo comprende la tasa judicial, ya que ese es el tributo que cualquier particular debe abonar para acceder a los estrados judiciales" (CNCiv. y Com. Federal, Sala III, "Proconsumer c. Air Canada s/ beneficio de litigar sin gastos", del 17/05/2012).

13°) Con base en los argumentos precedentemente desarrollados, respondemos al interrogante planteado como antecedente de este fallo plenario que "el beneficio de justicia gratuita" que consagra el artículo 53 de la ley N° 24.240 (LDC) no posee el mismo alcance que el beneficio de litigar sin gastos, ni exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente.

Por lo hasta aquí expuesto, votamos —entonces— por la negativa a la cuestión planteada.

El doctor *Heredia* dijo:

1°) El plenario convoca a la interpretación de uno de los aspectos contemplados por el art. 53 de la ley 24.240 (texto según ley 26.361), esto es, el alcance de la locución "beneficio de justicia gratuita" que aparece en su último párrafo, con relación a la responsabilidad por el pago de las costas cuando la acción es promovida individualmente por un consumidor o usuario.

Sin embargo, parece claro que la doctrina que se fije no puede escindirse completamente de los casos que involucran como parte actora a asociaciones de consumidores, pues también a estas últimas la ley 24.240 les asigna el "beneficio de justicia gratuita" en las acciones que inicien para la defensa de intereses de incidencia colectiva (art. 55, texto según ley 26.361).

En otras palabras, si tal beneficio aprehende o no el pago de las costas, es cuestión que, en verdad, concierne por igual tanto a procesos individuales de consumidores como a procesos de representación colectiva de ellos.

No obstante, como se verá, ambos casos tienen singularidades propias que determinan líneas de razonamiento, al menos en parte, necesariamente separadas.

2°) El art. 53 de la ley 24.240 lleva el título "Normas del Proceso".

Por lo tanto, de lo que se trata es, en rigor, de la interpretación de uno de los aspectos contenidos en un precepto de índole procesal que, aunque incorporado a una ley sustantiva o de fondo, no deja de tener tal carácter.

Otro tanto cabe decir, pues no hay razón para diferenciar, en orden al art. 55 de la misma ley.

En ambos casos, empero, la exégesis no habrá de basarse en criterios diferentes de los que son aplicables con relación a la ley en general de acuerdo a lo establecido por el art. 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación, pues no hay una teoría autónoma de la interpretación de las normas procesales (conf. Palacio, L., "Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1986, T. I, p. 65, N° 11).

3°) Dado que el legislador no ha explicitado clara y concretamente qué se entiende por "beneficio de justicia gratuita", forzoso es aceptar que el juez se enfrenta a un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance debe definir.

A ese fin y puesto que las palabras —como primera fuente para la interpretación— no aportan una idea nítida, parece adecuado ponderar las finalidades tenidas en cuenta por el legislador (segunda fuente de la interpretación conforme al citado precepto del Código Unificado de 2015), para lo cual es apropiado ponderar lo precisado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el sentido de que al preverse en los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 el "beneficio de justicia gratuita", lo que se ha pretendido es establecer un mecanismo eficaz para la protección de los consumidores "...evitando que obstáculos de índole económica pudieran comprometer su acceso a la justicia..." (conf. CSJN, 24/11/2015, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su Defensa c. Nación Seguros SA s/ ordinario", considerando 6°, Fallos: 338:1344; en igual sentido: CSJN, 14/10/2021, "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento").

Pues bien, si la finalidad del "beneficio de justicia gratuita" es la remoción de los obstáculos económicos que operan contra el derecho de "acceso a la justicia", la pregunta que lógicamente se impone es, entonces, si el régimen de aplicación de las costas judiciales de acuerdo al principio del objetivo vencimiento representa, en sí propio, un obstáculo económico que conculca tal derecho de acceso a la jurisdicción con una incidencia o impacto tal que interpretativamente fuerce a considerar que la institución del "beneficio de justicia gratuita" implicó su inexorable y lógico desplazamiento en juicios individuales o de representación colectiva de consumidores.

4°) Sobre el particular, cabe observar, ante todo, que la ponderación de si un régimen normativo determinado conculca el derecho a la tutela judicial o de acceso a la justicia, debe centrarse en la verificación

de si impone o no condiciones impeditivas u obstaculizadoras, y de si los obstáculos legales son innecesarios, excesivos o carentes de razonabilidad y proporcionalidad respecto de los fines que lícitamente puede perseguir el legislador. Incluso la ponderación debe centrarse en si el régimen normativo de que se trate puede constituir no ya condiciones impeditivas u obstaculizadoras, sino meramente limitativas o disuasorias del ejercicio de las acciones o recursos legalmente habilitados para la defensa jurisdiccional de derechos e intereses legítimos. En consecuencia, debe apreciarse si el obstáculo del acceso al proceso obedece o no a razonables finalidades de protección de bienes e intereses constitucionalmente protegidos y si guarda o no proporcionalidad con la carga de diligencia exigible a los justiciables (conf. Tribunal Constitucional de España, Sala 1ª, 16/03/1989, sentencia N° 60 en Recurso de amparo N° 963/1987; íd., en pleno, 21/07/2016, sentencia N° 140 en Recurso de inconstitucionalidad N° 973/2013, y sus citas en el punto 5 de los fundamentos jurídicos).

Concordantemente, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que cualquier norma o medida del orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; bien entendido que el derecho al acceso a la justicia no es absoluto y, consecuentemente, puede estar sujeto a algunas limitaciones discrecionales por parte del Estado, con tal que ellas guarden "...correspondencia entre el medio empleado y el fin perseguido y, en definitiva, no pueden suponer la negación misma de dicho derecho..." (conf. CIDH, 28/11/2002, "Cantos c. Argentina", considerando N° 54; CIDH, 22/08/2013, "Mémoli c. Argentina" y su remisión en el considerando N° 193 al fallo del Tribunal Europeo de Derechos Humanos, 28/10/1988, "Osman c. Reino Unido", N° 23452/94 [Gran Sala], § 147, 148 y 152, Informe de Sentencias y Decisiones 1998-VIII).

5°) Cabe aceptar que el eventual peso económico que supone el régimen procesal de las costas para el caso de perderse la contienda determina para quien la propone un riesgo que incide en la real configuración de su derecho de acceso a la justicia sobre todo cuando tales costas pudieran resultar excesivas.

Sin embargo, aun así, como lo ha señalado uno de los estudios más serios sobre la materia, el régimen de la imposición de las costas fundado en el principio del vencimiento no propone barreras al acceso de justicia tan sustanciales, especialmente si se lo compara con el sistema legal de los EE.UU. —"american rule"— en el que la parte vencedora debe asumir los costos de su propia defensa (conf. Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, Acesso á justiçia, Sergio A. Fabris Editor, Porto Alegre, 1988, p. 18, traducción al portugués de la edición italiana publicada por Dott. A. Giuffré, Milano, 1978, bajo el título: "Access to Justice: The worldwide movement to make rights effective - A general report").

En tal sentido, aunque el impacto del referido riesgo se lo acepte como mayor en algunos casos y menor en otros (dependiendo el grado de una diversidad de circunstancias que no pueden ponderarse unívocamente, tales como el monto del reclamo; los costos involucrados en el trámite; la capacidad económica del litigante; etc.) y, en cualquier caso, productor de desigualdades en orden al acceso a la justicia, lo cierto es que la corrección de tales distorsiones no es algo que dependa de una institución como la condena en costas pues, como lo ha declarado el Tribunal Constitucional de España "...ningún sistema de imposición de costas afecta al derecho a la tutela judicial efectiva..." (conf. STC, Sala 1ª, 29/10/1986, sentencia N° 131 en recurso de amparo N° 569/1985), máxime teniendo en cuenta que la justificación o razonabilidad del régimen legal de la condena en costas se encuentra no solo en la restitución a la parte de los gastos que le haya ocasionado la defensa de sus derechos e intereses legítimos, sino también en prevenir los resultados distorsionadores del entero sistema judicial que se derivaría de una excesiva litigiosidad, y en que la posibilidad de que a la parte le sean impuestas las costas, constituye un riesgo común que todo potencial litigante debe valorar y asumir antes de instar la actividad procesal de los Jueces y Tribunales, sopesando, con el adecuado asesoramiento profesional, las posibilidades de éxito de las acciones judiciales que se propongan ejercitar, absteniéndose de promover las que, en buena técnica jurídica y según normales criterios de experiencia forense, se manifiesten temerarias, de mala fe o totalmente infundadas (STC, Sala 2ª, 21/09/1989, sentencia N° 147 en recurso de amparo N° 1304/1986).

6°) En un afín orden de ideas, la jurisprudencia del Sistema Interamericano de Derecho Humanos, interpretando los arts. 8 y 25 del Pacto de San José de Costa Rica (tratado de derechos humanos cuya relevancia para la interpretación de la ley también resulta del art. 2 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), ha dicho que para satisfacer el derecho de acceso a la justicia se requiere que "...quienes participan en el proceso puedan hacerlo sin el temor de verse obligados a pagar sumas desproporcionadas o excesivas a causa de haber recurrido a los tribunales...", de modo que el cobro de honorarios profesionales no debe imponer una carga desmedida y transformarse, "...en definitiva, en un elemento obstructor de la efectiva administración

de justicia..." (conf. CIDH, 28/11/2002, "Cantos c. Argentina", considerando N° 56).

Pero al lado de ello, la Corte Interamericana de Derechos Humanos también ha expresado, poniendo límite a lo anterior, que el cobro de un monto "...no constituye per se una obstrucción al acceso a la justicia..." y, en su caso, le corresponde a quien lo invoca demostrar que dicho cobro es irrazonable o representa un perjuicio grave a su capacidad económica (CIDH, 22/08/2013, "Mémoli c. Argentina", considerando N° 193).

7°) No puede perderse de vista, además, que la base del régimen de imposición de costas al vencido se halla en la necesidad de que el proceso para obtener razón no se convierta en un daño para el que finalmente la tiene, lo cual es una afirmación elevada hoy a principio general del derecho y que entronca con el denominado principio de indemnidad de la tutela (conf. Herrero Perezagua, Juan F., Acceso a la justicia, costas y asistencia jurídica en el proceso civil español, Anuario de Derecho Civil, tomo LX, 2007, fasc. II, p. 579).

Así pues, la fórmula "el que pierde paga" no sería sino la paráfrasis de sentido político-procesal del principio general de la responsabilidad que pone a cargo de cada uno las consecuencias de su propia conducta. El que tiene asegurada su libertad de requerir la protección de la autoridad, asume naturalmente los riesgos que ese hecho comporta. La libertad que supone poder conducir la demanda infundada hasta el fin del debate, la paga el que goza de esa libertad. Cuando se pone en juego esa máquina tan delicada que es la justicia civil, se hace frente al riesgo de que los resultados sean contrarios al interés del que la mueve (conf. Couture, Eduardo, "Las garantías constitucionales del proceso civil", en la obra "Estudios de Derecho Procesal Civil", Buenos Aires, 1948, T. I, p. 43).

8°) En su caso, si de lo que se trata es de evitar que el régimen de las costas se convierta en fuente de sacrificios desmedidos con aptitud para obstaculizar el acceso a la justicia, el sistema debe y puede ciertamente reaccionar en distintas direcciones (conf. Herrero Perezagua, Juan F. ob. cit., p. 582), pero no es concebible ninguna interpretación orientada a ello que termine por socavar la importancia que tal régimen tiene para el buen funcionamiento del sistema judicial, y menos cuando su apartamiento lo sería en favor de solamente una de las partes manteniéndoselo respecto de la otra como lo pretenden quienes entienden que la irresponsabilidad en el pago de las costas está aprehendida en el concepto de "beneficio de justicia gratuita" referido por los arts. 53 y 55 de la ley 24.240.

Pensar de otro modo es, sencillamente, negar las razonables finalidades que justifican el sistema de imposición de las costas procesales, prescindiendo de un juicio relativo a su proporcionalidad frente a la carga de diligencia exigible a aquellos que acuden a la justicia.

En este sentido, las instituciones legales orientadas a la remoción de los obstáculos al acceso de justicia deben ser equilibradoras, esto es, generadoras de una igualdad por compensación mediante el reconocimiento de ciertas ventajas procesales a la parte menos dotada (conf. Morello, A. y otros, "Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación", La Plata - Buenos Aires, 1982, T. I, p. 644, texto y nota N° 36).

Y, ciertamente, no hay equilibrio alguno si se interpreta que el instituto del "beneficio de justicia gratuita" determina un tratamiento privilegiado en la responsabilidad por el pago de las costas procesales causadas por el vencimiento pues, como se dijo, el respectivo régimen procesal hace a la sustancia misma del correcto funcionamiento del sistema judicial desde que la actuación de los abogados y peritos debe ser equitativamente remunerada ya que ello resulta condicionante de la calidad del servicio, siendo procedente, cuanto más, una "reducción global" de los honorarios correspondientes a tales profesionales para que su exigibilidad no se convierta en un impedimento real para el acceso a la justicia (conf. Berizonce, R., "El costo del proceso [como sacrificio para el erario y como impedimento para el acceso a la justicia]", JA, 1995-I, ps. 969 y 977); reducción global que, valga observarlo, ya se encuentra contemplada en la legislación arancelaria con carácter general para el caso de rechazo de la demanda, y con carácter especial para las acciones colectivas (arts. 22 y 49 de la ley 27.423), y que no excluye, desde ya, el ejercicio por los jueces de su facultad, de más amplio alcance, para no reconocer emolumentos exorbitantes —incluso regulándolos por debajo de las escalas arancelarias— pues, ciertamente, la justa retribución que reconoce la Carta Magna en favor de los acreedores por la prestación de servicios onerosos debe ser, por un lado, conciliada con la garantía - de igual grado— que asiste a los deudores de no ser privados ilegítimamente de su propiedad al verse obligados a afrontar —con sus patrimonios— honorarios excesivos (CSJN, Fallos: 320:495; 322:1537).

Ni tampoco hay equilibrio alguno si la actuación del régimen procesal de las costas se entiende solamente aplicable para beneficio de la parte promotora del juicio pero no para la adversaria en su defensa, pues el resultado visible de ello es establecer una desigualdad bajo el argumento de estar solucionando otra distinta vinculada a una restricción del derecho al acceso a la justicia, desde que se llevaría al demandado vencedor a que ineluctablemente tenga que asumir los costos

económicos de su propia victoria, lo que equivale, de paso, directamente a suprimir los eventuales derechos que se encuentran comprendidos en el concepto de costas del que naturalmente sería acreedor, extremo este último que, acaso, en una máxima expresión, podría ser tildado de inconstitucional (en tal sentido: Salgado, J., Tutela individual homogénea, Buenos Aires, 2011, ps. 350/351, N° 80) porque afecta, como se dijo, el principio de indemnidad de la tutela y el derecho a que el proceso para obtener razón no se convierta en un daño para el que la tiene agraviándose su derecho de igualdad ante la ley y de propiedad (arts. 16 y 17 de la Constitución Nacional) y porque, además, se insiste, indirectamente afecta a los profesionales que han asistido al sistema judicial para hacer posible la declaración de esa razón, cuyos justos honorarios ya no podrían ser cobrados contra el que no la tuvo al litigar.

9°) A esta altura, no es ocioso observar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha descalificado por arbitrarias las construcciones argumentales vinculadas con la garantía de acceso a la justicia cuando solo se trata de juzgar sobre el principio objetivo de la derrota que fundamenta el régimen de las costas, esto es, sobre la responsabilidad por los gastos de un proceso que se pierde (conf. CSJN, Fallos: 340:910, considerandos 4 y 5); y que no es posible dejar de valorar los intereses de la parte demandada, pues son tan respetables como los de la actora (CSJN, doctrina de Fallos: 311:1372; 342:1473).

Por lo demás, ya desde hace tiempo se considera que el principio de gratuidad de la justicia, tan debatido en otras épocas con argumentos de tipo político más que jurídico, es una cuestión que debe considerarse superada en la actualidad y que ha de entenderse más bien relegada a una aspiración puramente ideal, pues la onerosidad del presupuesto financiero del proceso no puede ser prácticamente eliminada (conf. Fix-Zamudio, Héctor, Constitución y proceso civil en Latinoamérica, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 1974, p. 68, con transcripción de las conclusiones aprobadas por el Cuarto Congreso Mexicano de Derecho Procesal, Cuernavaca, abril de 1969).

10°) En las condiciones expuestas, interpretar que el "beneficio de justicia gratuita" desplaza al régimen procesal de la imposición de las costas en su aplicabilidad, no es conclusión razonable ni siquiera desde la perspectiva de la necesaria remoción de los obstáculos económicos al acceso a la justicia, pues entre estos últimos, ciertamente, se ubican aquellos que representan las erogaciones "directas" con aptitud para frenar la litigación misma (tasa de justicia, depósitos para recurrir, adelanto de gastos periciales; etc.), pero de cara a un sistema de equilibrio que razonablemente compatibilice el derecho reconocido por el art. 18 de la Constitución Nacional con el ejercicio de los derechos de los demás intervinientes en el proceso (conf. CSJN, Fallos: 286:257), no lo podrían ser aquellas erogaciones que se imponen con ocasión de la pérdida del litigio y a título de justa indemnización para resarcir las expensas que han debido realizarse a fin hacer valer la propia razón ante los estrados judiciales.

Antes bien, sostener que el "beneficio de justicia gratuita" aprehende las costas no es interpretación que, a criterio del suscripto, pueda calificarse de afortunada, pues abre la vía para que los beneficiarios hagan uso abusivo de la litigación sin consecuencias económicas, lo cual además de ser contrario al fundamento de la propia justicia gratuita —equilibrar situaciones de desigualdad económica—, redunda como se dijo negativamente en el conjunto de la Administración de Justicia y perjudica directamente a la parte vencedora de la contienda, la cual no será reintegrada de las cargas económicas asumidas para su propia defensa aunque gane el pleito.

11°) Son tales fundamentos de índole general, atinentes tanto al "beneficio de justicia gratuita" instituido por el art. 53 como igualmente por el art. 55 de la ley 24.240, los que llevan, lo adelanto, a dar una respuesta negativa al interrogante que plantea la convocatoria plenaria.

Empero, hay también otras razones, algunas de índole particular aplicables separadamente a cada uno de tales preceptos, que también conducen al mismo resultado interpretativo.

Veamos.

12°) La actuación judicial individual de un consumidor o usuario (o de varios como litisconsortes activos) en defensa de un derecho o interés tutelado por la ley 24.240, goza del "beneficio de justicia gratuita" según lo previsto por su art. 53, último párrafo.

El indicado precepto no diferencia si el consumidor o usuario que actúa individualmente es una persona humana o jurídica.

Por cierto, el recurso a las leyes análogas como método hermenéutico (tercera fuente de interpretación mencionada por el art. 2° del Cód. Civ. y Com. de la Nación), permite dar respuesta al interrogante del plenario con un alcance corroborante del ya anticipado, cuando el sujeto promotor de la acción es una persona humana.

En efecto, el art. 20 de la ley 20.744 consagra el "beneficio de gratuidad en los procedimientos judiciales"

laborales, el cual representa una aplicación específica de la regla de indemnidad del trabajador en tanto persona humana (conf. Fernández Madrid, J., "Tratado Práctico de Derecho del Trabajo", Buenos Aires, 2007, T. I, p. 325).

Pues bien, no parece adecuado otorgar a un consumidor el beneficio de gratuidad del art. 53, último párrafo, de la ley 24.240 con un alcance mayor o más amplio que el contemplado para un trabajador por el recordado art. 20 de la ley 20.744 (conf. Perriaux, E., "Justicia gratuita la reforma de la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2008-E, 1224; Vázquez Ferreyra, R., Avalle, D., "El alcance del beneficio de justicia gratuita en la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2009-C, 401).

Ello es así porque si con el alcance legal dado al "beneficio de gratuidad en los procedimientos judiciales" laborales se entiende suficientemente asegurado el derecho de acceso a la justicia del trabajador y, en particular, protegido su patrimonio respecto de las costas del juicio (conf. Fernández Madrid, J., ob. cit., loc., cit.; Gatti, Á., Ley de Contrato de Trabajo, comentada, anotada con jurisprudencia, Buenos Aires, 2000, p. 36), no menos pero tampoco más puede decirse del consumidor que ejerce una acción individual para la defensa de su derecho o interés, pues en definitiva aquel beneficio de la ley laboral y el del citado art. 53, último párrafo, se orientan a un mismo norte cual es establecer un instituto contra los obstáculos económicos que dificulten la protección jurisdiccional. De tal suerte, puede argumentarse que la razón que ha inspirado la disciplina del segundo, funda igualmente la misma disciplina del primero —ubi cadem est ratio ibi cabem est iuris dispositio— dándose así una condición imprescindible para la aplicación de la analogía legal (conf. Barbero, Doménico, Sistema del Diritto Privato italiano, UTET, Torino, 1965, T. I, p. 98, N° 37).

Dicho ello, cabe recordar que el alcance de la gratuidad prevista por el art. 20 de la ley 20.744 se refiere exclusivamente al pago de la tasa de justicia, pero no al de las costas judiciales cuando el trabajador es vencido en el pleito, eximición esta última que queda diferida en su caso, a la concesión del beneficio de litigar sin gastos en el caso de corresponder (conf. Grisolía, J., Derecho del Trabajo y de la Seguridad Social, Buenos Aires, 2007, T. I, ps. 134/135; Grisolía, J. y Ahuad, E., Ley de Contrato de Trabajo comentada, Buenos Aires, 2014, p. 57).

En otras palabras, lo dispuesto por el citado art. 20 no libera al trabajador del pago de los gastos causídicos en caso de rechazo de la demanda (conf. CNTrab. Sala VIII, 29/07/2009, "Roffe, Gabriela B. c. OSPEC"; CNCom. Sala E, 30/06/2015, "Tonelli Banfi, Carlos A. y otro c. Land Rover y otros s/ ordinario s/ incidente de apelación"; CNCom. Sala E, 29/10/2012, "Bredeston, Fernanda y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario"), pues ese beneficio está destinado a no trabar por razones patrimoniales el acceso pleno a la jurisdicción e implica —desde una perspectiva protectoria— la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales, pero de ninguna manera puede interpretarse que impide la condena en costas o que desplaza lo dispuesto por el art. 68 y ss. del Código Procesal. En tal sentido, se diferencia del beneficio de litigar sin gastos, pues este sí está expresamente destinado a eximir total o parcialmente de las costas a aquellas personas que carecen de recursos o no pueden obtenerlos (conf. CNTrab. Sala III, "Chávez, Julio c. Sarmiento 1499 s/ despido", del 15/12/93; Sala IV, "Avalos, María H. c. Amplitone SRTL", del 29/05/1986; "Fresco, Luis c. Pesquera Santa Cruz SA s/ accidente Ley 9688", del 22/04/1998; Sala VII, "Dichano, María c. ENTEL s/ accidente ley 9688", del 16/07/1998; Sala IX, "Griglione, Miguel c. Administración Nacional de Seguridad Social s/ diferencias de salarios", del 05/11/1998; Sala VI, "Oro, María c. Silver Cross América Inc. SA s/ despido", del 29/08/2005, entre otros).

Eventualmente, lo dispuesto por el citado art. 20 solamente genera, como de su texto resulta, la exclusión de la vivienda del trabajador como bien liquidable para el pago de las costas a su cargo (conf. CSJN, Fallos: 337:567; CNTrab. Sala II, "Pogonza, Roberto c. Vara, Juan R.", LA LEY, 1990-C, 442); es decir, no impide la ejecución de las costas a cargo de los trabajadores en el patrimonio de estos, pero obsta hacerlo en su vivienda (conf. CNTrab., Sala I, "Rubini Ernesto y otros c. SEGBA SA", DT 1993-A, p. 643; CNTrab., Sala II, 21/02/2007, "Pastore, Julio c. Agencia Marítima Nab SA s/ despido").

De tal manera, si el art. 20 de la ley 20.744 no otorga exención al pago de las costas, sino solo una zona patrimonial de reserva vedada al acreedor de ellas (conf. Fernández Madrid, J., ob. cit., loc., cit.), nada racionalmente autoriza a establecer un ámbito de protección mayor con sustento en el art. 53, último párrafo, de la ley 24.240, máxime ponderando que esa zona de reserva patrimonial puede también ser alcanzada por cualquier sujeto, consumidor o no, ajustándose a lo previsto por el art. 244 y ss., del Cód. Civ. y Com. a la Nación (la asimilación de la protección del art. 20 de la ley 20.744 al inmueble afectado a vivienda o bien de familia, puede verse en: Vázquez Vialard, A., "Derecho del Trabajo y la Seguridad Social", Buenos Aires, 1981, T. 1, p. 96, N° 33).

A lo que no es inapropiado añadir, todavía, que si con la clara directiva establecida en el art. 20 de la ley 20.744 se hace efectiva concreción —según palabras de la Corte Suprema— de las garantías constitucio-

nales establecidas a favor del trabajador en cuanto a posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos laborales (CSJN, Fallos: 337:567, considerando 5°, y sus citas), claro resulta que el "beneficio de justicia gratuita" del citado art. 53, último párrafo, no puede interpretarse como productor de una concreción de garantías constitucionales de más amplio alcance en favor del consumidor o usuario, habida cuenta que la Carta Magna no establece distingos otorgando a este último una mayor protección que la que concede a un trabajador en orden al derecho de acceso a la justicia (arts. 14 bis, 18 y 42 de la Constitución Nacional; y arts. 8 y 25 de la Convención Interamericana de Derechos Humanos).

13°) Lo previsto por el art. 20 de la ley 20.744 solo alcanza a personas humanas, por lo que su consideración a los efectos de interpretar lo dispuesto por el art. 53, último párrafo, de la ley 24.240, no puede predicarse respecto de la persona jurídica consumidora, y toda generalización en tal sentido es un evidente error.

Así pues, con relación a la persona jurídica consumidora, la interpretación debe recorrer otro sendero. Sin embargo, ella llega al mismo destino.

Es que si se concluye —como ha quedado dicho— que el "beneficio de justicia gratuita" no aprehende las costas cuando se trata de la acción individual promovida por una persona humana consumidora o usuaria, corresponde entender "a fortiori" y tal vez con mayor razón, que lo mismo debe sostenerse respecto de las personas jurídicas consumidoras habida cuenta no ser propio de estas últimas la condición de vulnerabilidad antes referida y porque, en la mayoría de los casos, ellas tienen una estructura empresarial organizada y proyectada al comercio, completada por capacidades productoras y de mercantilización en su cometido social que, entonces, le proporcionan recursos financieros diferenciales para afrontar el riesgo de una pérdida judicial.

Efectivamente, el espíritu del derecho del consumidor, está ligado a la defensa de personas humanas, no de las personas jurídicas. Y aunque desde el punto de vista legal, pueden ser consumidores también las personas jurídicas, es cuestión distinta resolver si estas requieren una protección especial, conferida por un sistema jurídico específico. Al respecto, parece incuestionable una respuesta negativa, pues la protección acentuada que se otorga al consumidor persona humana, se sustenta en la carencia de suficiente discernimiento y perspicacia en cuestiones económicas y jurídicas. Y esto último no se presenta como regla con las personas jurídicas, que presuponen conocimiento y experiencia en el mercado, asistencia técnica, etc. (conf. Stiglitz, G., Interpretación del contrato por adhesión entre empresas (El espíritu del derecho del consumidor está ligado a la defensa de las personas físicas), LA LEY, 1995-C, 18; CNCom., Sala D, 18/12/2006, "Sierra Gas SA c. Eg3 SA s/ ordinario"; 04/06/2007, "Aseguradora de Cauciones SA Cía. de Seguros c. Prosegur SA s/ ordinario; 10/12/2007, "Sociedad Manufacturera Tecnológica Argentina SA c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ ordinario").

Así pues y tal como lo ha advertido doctrina ya citada, las organizaciones que posean recursos financieros tendrán ventajas obvias para proponer o defender demandas, pudiendo pagar para litigar (conf. Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, ob. cit., p. 21).

En otras palabras, el derecho de acceso a la justicia tiene respecto de las personas jurídicas una distinta connotación comparativamente con las personas humanas, extremo que incluso es plenamente aceptado como una diferencia apreciable para valorar la concesión del beneficio de litigar sin gastos autorizado por el Código Procesal, cuya procedencia —como lo ha declarado la jurisprudencia— respecto de las personas de existencia ideal está sujeto un criterio de suma prudencia (conf. CSJN, Fallos: 328:2543; 330:1110; 342:1473).

De tal manera, dicha connotación diferencial representada por una mayor capacidad financiera y posibilidad para afrontar el peso de las costas, es la que explica más apropiadamente en este caso que el "beneficio de justicia gratuita" tampoco puede razonablemente importar exoneración del abono de aquellas cuando la persona jurídica consumidora pierde la demanda.

14°) Naturalmente, nada obsta a que tanto el consumidor persona humana como la persona jurídica consumidora soliciten el beneficio de litigar sin gastos en los términos del art. 78 y ss. del Código Procesal.

Tal es la solución jurídica apropiada para remover el obstáculo económico que determina la falta de recursos o la imposibilidad de obtenerlos, siendo evidente la improcedencia de respuestas tasadas pues el concepto de pobreza, por ser contingente y relativo, presenta insalvables dificultades para ser definido con un alcance genérico que abarque la totalidad de las diferentes circunstancias que puedan caracterizar a los distintos casos (conf. CSJN, 10/09/2019, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros s/ beneficio de litigar sin gastos", Fallos: 342:1473).

15°) Una consideración específica se impone respecto del "beneficio de justicia gratuita" concedido a las asociaciones de consumidores por el art. 55, segundo párrafo, de la ley 24.240.

Al respecto y ante todo, cabe advertir contra la muy generalizada propensión de cierta jurisprudencia y doctrina en equiparar a tales asociaciones con la situación del consumidor individual persona humana, reproduciendo argumentos o afirmaciones a favor de aquellas que son propias o exclusivamente inherentes a este último.

En tal sentido, aserciones tales como que el "...consumidor se encuentra en una situación de debilidad estructural..." y que "...la gratuidad del proceso judicial configura una prerrogativa reconocida al consumidor dada su condición de tal..." pueden ser aceptables respecto del usuario o consumidor individual persona humana, pero no parecen sin más predicables respecto de una asociación de consumidores. Empero, ellas aparecen escritas en sentencias dictadas en causas promovidas por estas últimas (véase, por ejemplo, CSJN, Fallos: 338:1344, considerando 6°).

Y, respetuosamente, digo que no parecen predicables porque omiten ponderar algo evidente, a saber, que el consumidor o usuario individual es un litigante eventual (con más razón si es persona humana), pero las organizaciones de consumidores son litigantes habituales que, por ello mismo, tienen ventajas comparativas, vgr. más recursos económicos producto de la mayor litigación que desarrollan, que en conjunción con otros factores (profesionalidad; experiencia para el mejor planteamiento del litigio; etc.), les permite diluir los riesgos de una demanda adversa, dando ello cuenta de una posición relativa totalmente diferente en cuanto al derecho de acceso a la justicia (véase en el preciso sentido de lo expuesto: Cappelletti, Mauro y Bryant, Garth, ob. cit., ps. 25/26).

Además, la traslación a favor de las organizaciones de protección de argumentos o fundamentos que son inherentes a los consumidores individuales, genera inconsistencias lógicas como, por ejemplo cuando se niega el beneficio de justicia gratuita a la entidad que no ha defendido una genuina relación de consumo (para esta limitación véase; CSJN, 28/10/2021, "ACUDEN c. Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual"). Esto es así, pues si de lo que se trata es de que el beneficio del art. 55 de la ley 24.240 se justifica por la presencia de una "debilidad estructural" predicable respecto de las organizaciones de defensa, tal connotación debería igualmente entenderse presente en la hipótesis indicada, no siendo lógico que a quien se lo reconoce como estructuralmente débil no se lo pueda, por ello mismo, condenar al pago de las costas en un caso, pero sí en otro dependiendo la diferencia, no ya de tal subjetiva condición, sino de cuál fue el objeto de su acción. En otras palabras: se es estructuralmente débil o no se lo es, siendo claro que un mismo sujeto no puede serlo y no serlo, pues en el contraste una hipótesis niega la otra y esto no es factible de ser ontológicamente superado mirando si se ha puesto en juego o no una relación de consumo.

16°) Precisamente, por ser muy evidente que una cosa es el consumidor individualmente considerado y otra claramente distinta es la asociación que representa a una clase de consumidores, es que el examen del derecho comparado muestra que estas últimas no están siempre exentas del pago de las costas judiciales y que cuando lo están los jueces han diseñado respuestas equilibradoras.

En efecto, el Derecho Comunitario Europeo ha optado con claridad por no excluir a las organizaciones de defensa de consumidores de tener que soportar las costas en caso de ser perdidosas en la acción de representación que intenten. Así, la Directiva (UE) 2020/1828 del Parlamento Europeo y del Consejo de 25 de noviembre de 2020 relativa a las "Acciones de representación para la protección de los intereses colectivos de los consumidores", establece con claridad que "...En las acciones de representación para obtener medidas resarcitorias, la parte perdedora debe soportar las costas procesales causadas por la parte vencedora, de conformidad con las condiciones y excepciones previstas en el Derecho nacional..." (art. 12, inc. 1°) En otras palabras, de acuerdo a la recordada Directiva una organización de representación de consumidores no es exonerada de pagar las expensas del juicio en caso de perderlo. Y, partiendo precisamente de que es la propia asociación perdidosa la que debe soportar las costas, el mencionado documento establece a continuación que los consumidores individuales afectados por una acción de representación para obtener medidas resarcitorias no soportan las costas procesales (art. 12, inc. 2°) Así pues, dado que la entidad calificada es la única parte "formal" en la acción, ella es exclusivamente quien asume los derechos y obligaciones derivados del procedimiento. En caso de éxito, podrá reclamar las costas del procedimiento que haya sufragado, de conformidad con las leyes nacionales. En caso de rechazo, es ella, y no el consumidor, quien soporta las costas del procedimiento, excepto las causadas por el consumidor de forma deliberada o por negligencia, y exclusivamente en la medida en que sean causadas por él (conf. Azar Baud, M., "A propósito de la Directiva Europea sobre las acciones representativas para la protección de los intereses colectivos de los consumidores", TR LA LEY AR/DOC/3054/2020).

Las más importantes legislaciones nacionales europeas han adoptado, en general, igual criterio.

En Italia el art. 140 bis, inc. 8°, del "Codice del Consumo" (decreto legislativo N° 206 del 06/09/2005) estableció con relación a las acciones de clase de dere-

chos individuales homogéneos de consumidores que "...Con l'ordinanza di inammissibilitá, il giudice regola le spese, anche ai sensi dell'articolo 96 del codice di procedura civile, e ordina la piú opportuna pubblicitá a cura e spese del soccombente...", esto es, con la orden de inadmisibilidad, el juez regula las costas de conformidad con del artículo 96 del Código de Procedimiento Civil y ordena la publicidad más adecuada a expensas de la parte no ganadora (conf. Minervini, E., Dei contratti del consumatore in generale, G. Giappichelli Editore, Torino, 2014, p. 177, N° 6).

El contenido prescriptivo de la indicada norma italiana, fue posteriormente adoptado con relación a las procesos colectivos sobre derechos individuales homogéneos por el art. 840 ter del "Codice di Procedura Civile" (texto según ley del 12/04/2019). De acuerdo a este último "...Con l'ordinanza di inammissibilitá e con quella che, in sede di reclamo, conferma l'ordinanza di inammissibilitá, il giudice regola le spese..." (Con la orden de inadmisibilidad y con la que, en el marco de la denuncia, confirma la orden de inadmisibilidad, el juez regula las costas...").

Cabe observar, asimismo, que la Legge N° 281 del 30/07/1998 sobre "Disciplina del diritti del consumatori e degli utenti" que regula lo atinente a la legitimación de las asociaciones de consumidores (art. 3), nada establece que contradiga lo anterior.

En otras palabras, el legislador italiano no ha eximido a quien intenta una acción colectiva de consumo de la responsabilidad por el pago de las costas. Por ello, la lectura de diversas sentencias de la Suprema Corte de Casación italiana confirma la posibilidad de una condenación en costas a una asociación de defensa de consumidores (conf. S.C. di Cassazione, Civ., Sezioni Prima, 15/05/2019, sentencia N° 12.997; S.C. di Cassazione, Civ., Sezioni Terza, 31/05/2019, sentencia N° 14.886), sin perjuicio de que eventualmente las costas se compensen entre las partes si hay vencimiento recíproco (conf. S.C. di Cassazione, Civ., Sezioni Unite, 11/10/2016, sentencia N° 23.304, precedente en el cual discutió una cuestión de legitimación colectiva de una asociación de defensa registrada), o en razón de la novedad absoluta del cuestión decidida (conf. S. C. di Cassazione, Civ., Sezioni Unite, 21/11/2016, sentencia N° 23.631), incluso en caso de inadmisibilidad de la acción de clase (conf. S. C. di Cassazione, Civ., Sezioni Unite, 01/02/2017, sentencia N° 2610).

En Francia, de conformidad con lo establecido por el art. 623-1 del "Code de la Consommation" la acción colectiva para la defensa de consumidores se ejerce de acuerdo a lo reglado en el Código de Procedimiento Civil. Por ello, este último cuerpo legal se aplica especialmente en cuanto al régimen de las costas y gastos —frais et dépens— como lo ha destacado un específico documento gubernamental (véase el capítulo III.B de la "Circulaire du 26 septembre 2014 de présentation des dispositions de la loi N° 2014-344 du 17 mars 2014 relative á la consommation et du décret N° 2014-1081 du 24 septembre 2014 relatif á l'action de groupe en matière de consommation", Bulletin Officiel du Ministère de la Justice, NOR: JUSC1421594C). En otras palabras, la parte perdedora carga con las expensas del juicio de conformidad con lo dispuesto en tal sentido por los arts. 696 y 700 del citado código ritual galo.

En España la Ley 26/1984, del 19 de julio, General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios, estableció en su art. 20, inc. 1°, que las asociaciones de consumidores y usuarios disfrutan del "...beneficio de justicia gratuita en los casos a que se refiere el artículo 2.2...", esto es, cuando los derechos de los consumidores y usuarios guardasen relación directa con productos o servicios de uso o consumo común, ordinario y generalizado.

Pues bien, la jurisprudencia española se vio obligada a fijar cuál era el alcance del citado "beneficio de justicia gratuita" aprobado por la Ley 26/1984 frente al texto del art. 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881 (LEC) que establecía el régimen general de imposición de las costas al vencido, así como con relación a los arts. 47 y 48 de este último ordenamiento en cuanto prescribían, respectivamente, que "...Los que tengan derecho a litigar gratuitamente por declaración legal estarán obligados a pagar las costas causadas en su defensa y las de la parte contraria, si fueren condenados en costas..." y que "...La misma obligación tienen, condenados en costas, los que hubieren obtenido judicialmente el reconocimiento del derecho a justicia gratuita, si dentro de los tres años siguientes a la terminación del proceso vinieren a mejor fortuna..." (textos de los citados art. 47, 48 y 523 según ley N° Ley 34/1984, de 6 de agosto).

En el descripto marco normativo, frente a la invocación hecha por asociaciones de consumidores que recurrían invocando infracción al "beneficio de justicia gratuita" por habérseles impuesto costas u otros conceptos asociados a ellas, dijo el Tribunal Supremo de España que "...Una simple lectura de los arts. 20 y 21 c) Ley 26/1984 debió llevar a los recurrentes a la inmediata conclusión de que el tema que abordan es el de los beneficios que se conceden a las asociaciones de consumidores y usuarios, entre ellos el de justicia gratuita, pero no el de eximirlas de cualquier condena en costas que pudiera ocasionar sus actuaciones. La [organización] posee ese beneficio de justicia gratuita, pero no está en ningún modo exenta por ello de la aplicación del art. 523 LEC, ni del régimen general de los arts. 47 y 48 LEC..." (conf. Trib. Sup. España, Sala

Civil, 20/11/1996, recurso casación N° 3930/1992, "D. Everardo y Unión de Consumidores de España (UCE) c. Banco Atlántico SA", motivo de derecho quinto; Trib. Sup. España, Sala Civil, 31/01/1998, recurso de casación N° 68/1994, "D. José Ángel y Unión de Consumidores de España (UCE) c. Banco Central SA", motivo de derecho quinto).

Cabe observar que la citada Ley 26/1984 fue derogada por el Real Decreto Legislativo 1/2007, de 16 de noviembre, por el que se aprobó el texto refundido de la "Ley General para la Defensa de los Consumidores y Usuarios", cuyo art. 37, inc. "d", únicamente reconoció a las asociaciones de consumidores y usuarios de ámbito supra-autonómico, legalmente constituidas e inscritas, el derecho a disfrutar del derecho de "asistencia jurídica gratuita" en la forma prevista en la Ley 1/1996, de 10 de enero, esto es, a "...quienes acrediten insuficiencia de recursos económicos para litigar..." (Sup. Trib. Constitucional de España, 08/10/2007, sentencia N° 217/2007, "Óvalo Asociación de Consumidores y Usuarios", fundamento jurídico 2°).

Bajo este nuevo ordenamiento, se ha declarado que la circunstancia de disfrutar la parte obligada al pago de las costas del beneficio de justicia gratuita no puede considerarse como impeditiva de la práctica de la tasación de costas, sin perjuicio de que deba tenerse en cuenta para su exacción lo dispuesto en el art. 36.2 de la Ley 1/1996 (conf. Trib. Sup. España, Sala Civil, 16/02/2021, recurso casación N° 2054 /2018), de modo que en los casos en que proceda la condena en costas de la asociación, el beneficiado por ella puede solicitar la tasación de costas, pero no podrá instar su ejecución hasta que se acredite que ha venido a mejor fortuna en los términos de dicho precepto (auto de la Audiencia Provincial de Madrid, Sección 10ª, de 4 de abril de 2017).

Corresponde aquí abrir un paréntesis para señalar que el régimen del art. 55 de la ley 24.240 admite ser interpretado *mutatis mutandi* en términos similares al de la derogada ley española N° 26/1984, pero no en cambio con el que aprobó el Real Decreto Legislativo 1/2007 por cuanto en el derecho argentino: I) no hay indagación previa acerca de si las organizaciones de consumidores presentan insuficiencia de recursos económicos para litigar, lo que es condición sine qua non en el derecho español vigente para acceder al régimen de asistencia jurídica gratuita; y II) no se establece respecto de las asociaciones de consumidores la posibilidad de una indagación orientada a demostrar una sobreviniente solvencia, extremo que es esencial en el derecho español para que las costas ya tasadas puedan ser ejecutadas.

Siguiendo con el examen del derecho comparado, interesa destacar especialmente el caso del derecho brasileño, que suele ser citado por quienes propician la exégesis amplia a la que este voto se opone para fijar el alcance de la interpretación que correspondería asignar al "beneficio de justicia gratuita" contemplado por el art. 55 de la ley 24.240.

De acuerdo al art. 87 del Código de Defensa del Consumidor del Brasil "...Nas ações coletivas de que trata este código não haverá adiantamento de custas, emolumentos, honorários periciais e quaisquer outras despesas, nem condenação da associação autora, salvo comprovada má-fé, em honorários de advogados, custas e despesas processuais...".

Tal precepto, lo mismo que el similar contenido en el art. 18 de la ley 7347/85, ha sido interpretado por el Superior Tribunal de Justicia del Brasil en el sentido de que la no condenación en costas salvo comprobada mala fe, es solución que debe ser aplicada tanto a la defensa de los consumidores, como a la parte demandada en razón del principio de simetría (conf. STJ, 18/12/2020, recurso especial N° 1.813.631 RJ, y sus citas en el considerando III). En otras palabras, lejos de propiciar una interpretación exclusivamente favorable a quien demanda en representación de los consumidores, la judicatura de Brasil ha dado al citado art. 87 un alcance que va más allá de su letra, recurriendo para ello a un principio general del derecho (el de la simetría o igualdad de tratamiento procesal). Por consiguiente, de una norma que precisa de una interpretación equilibradora para resultar justa, nada provechoso puede extraerse para definir el alcance del "beneficio de justicia gratuita" de nuestra ley, máxime cuando esta última ni siquiera "expresis verbis" explicita algo parecido a lo establecido por el mencionado art. 87.

Si bien el precedente examen del derecho comparado es necesariamente incompleto, corresponde concluirlo señalando que, a todo evento, la fuerza propia de las cosas determina que hay un límite infranqueable respecto de la responsabilidad por el pago de las costas que, desgraciadamente, pasa inadvertido por quienes postulan una interpretación amplia del "beneficio de justicia gratuita" contemplado por el art. 55 de la ley 24.240.

En efecto, la responsabilidad por el pago de las costas jamás podría eludirse cuando la asociación promotora de la acción colectiva es vencida y concomitantemente es declarado que actuó con comprobada mala fe, temeridad, malicia o abuso. También ello es lo que resulta de diferentes expresiones del derecho comparado (conf. Código Modelo de Procesos Colectivos para Iberoamérica, art. 15, párrafo 4; Colombia: art. 38 de la ley 472 de 1998; Brasil: art. 87 del Código de Defensa del Consumidor; etc.). Sin embargo, la in-

terpretación amplia antes referida parece no contemplarlo, ni da solución a ese evento.

17°) No se soslaya que en algunas hipótesis (no necesariamente en todas) el peso de eventuales costas pueda efectivamente configurar un obstáculo económico, vgr. tratándose de "...organizaciones de consumidores [que] ni siquiera tienen los medios necesarios para ejercer el papel que les reconoce la legislación nacional...", y que ello puede convertir a su legitimación activa en meramente simbólica (en este preciso sentido: Comisión de las Comunidades Europeas, Bruselas, 16/11/1993, Libro Verde: Acceso de los consumidores a la justicia y solución de litigios en materia de consumo en el mercado único, p. 108).

Ese escenario, hay que aceptarlo, perfectamente puede presentarse en un régimen como el de la ley 24.240 que no ha puesto el acento en una indagación de la condición económica de las asociaciones de protección, sino en la función que ellas cumplen para la defensa colectiva de consumidores o usuarios (conf. Kalafatich, C. y Barocelli, S., "Gratuidad en los procesos de consumo", LA LEY, 2017-D, p. 1, cap. V), lo cual, dicho sea de paso, pudiera acaso entenderse insuficiente fundamento en sí mismo pues, cuanto menos, una cierta capacidad económica es condición exigible para gestionar procesos complejos como son los colectivos; de ahí que, precisamente, la Recomendación de la Comisión Europea de 11/06/2013 sobre los "Principios comunes aplicables a los mecanismos de recurso colectivo de cesación o de indemnización en los Estados miembros en caso de violación de los derechos reconocidos por el Derecho de la Unión" (2013/396/UE), haya determinado que "...La parte demandante debería declarar al órgano jurisdiccional, al iniciarse el procedimiento, el origen de los fondos que va a utilizar para sufragar la acción judicial..." (punto 14).

Como sea, cabe juzgar que el problema relativo a la posible ausencia de medios económicos de las organizaciones de consumidores para ejercer el rol que la ley 24.240 les asigna, no debe resolverse con interpretaciones amplias del art. 55, segundo párrafo, de la ley 24.240, sino echando mano al incidente sobre beneficio de litigar sin gastos (art. 78 y ss., del Código Procesal), pues tal es el instrumento que asegura el acceso a la administración de justicia, no ya en términos formales, sino con un criterio realista que se adecua a las circunstancias económicas de los contendientes, y que permite valorar también los intereses de la contraria, tan respetables como los de la actora, a fin de que no se vean conculcados si a un limitado beneficio se lo transforma en indebido privilegio (CSJN, 311:1372; CSJ 793/2004 (40-B)/CS1 "Bergerot, Ana María c. Salta, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios (beneficio de litigar sin gastos)", sentencia del 23 de junio de 2015; CSJN, 10/09/2019, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros s/ beneficio de litigar sin gastos ", Fallos: 342:1473).

En tal sentido, la utilización del beneficio de litigar sin gastos con el objetivo indicado, también tiene por virtud permitir la eventual demostración de "...que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio..." (art. 82 del Código Procesal), extremo que queda impedido desde la perspectiva de la interpretación amplia del art. 55, segundo párrafo, que este voto cuestiona, pues esta última norma no prevé la formación de un incidente de demostración de solvencia sobreviniente.

18°) A criterio del suscripto, la no imposición de costas con fundamento en el "beneficio de justicia gratuita" agravia severamente la garantía de igualdad ante la ley, pues la parte demandada, a diferencia de su adversaria, sí está expuesta al pago de las expensas del juicio en caso de ser vencida.

Los ejemplos de esto último en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia son múltiples, tanto en asuntos promovidos por personas humanas (conf. 3/6/2021, "Seidenari, Edelweis I. E. c. Galeno Argentina SA s/ amparo"), como por asociaciones de defensa (conf. 21/08/2013, "PADEC c. Swiss Medical SA s/ nulidad de cláusulas contractuales"; 24/06/2014, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario"; 24/06/2014, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina SA s/ ordinario"; 26/09/2017, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Peugeot Citroën SA s/ ordinario"; 26/12/2017, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA s/ ordinario"; 24/06/2021, "Adecua c. Nuevo Banco de Santa Fe SA s/ ordinario"), llegándose al caso extremo en que el desigual tratamiento es inocultable ya que, desestimados los recursos extraordinarios interpuestos por ambas partes en la misma causa, se condena en costas a la demandada recurrente, pero se exime a la también recurrente actora con sustento en el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240 (CSJN, 26/12/2018, "Asociación Protección Consumidores del Merc. Común Sur c. Galeno Argentina SA s/ sumarísimo").

Desde luego no se desconoce que la garantía de igualdad ante la ley no impide que el legislador contemple de manera distinta situaciones que considere diferentes, en la medida en que dichas distinciones no se formulen con criterios arbitrarios, de indebido favor o disfavor, privilegio o inferioridad personal o clase, ni importen ilegítima persecución de personas o grupos de ellas (CSJN, Fallos: 182:355; 258:36 y 340:1581; 342:411, entre muchos otros).

Sin embargo, considerada la garantía de igualdad en el plano específico que aquí interesa (el del régimen de las costas procesales) ha expresado la Corte Suprema que si bien las leyes pueden disponer la solución que se considere más justa, incluso apartándose del criterio de una imposición al vencido para, por ejemplo, distribuir las expensas del juicio en el orden causado, lo cierto es que ello es a condición de que el régimen especial favorezca a ambas partes por igual (conf. CSJN, Fallos: 257:249; 320:2792; 331:1873).

Y esto último, obviamente, no se cumple con relación a los citados arts. 53 y 55 de la ley 24.240 interpretados con el alcance que este voto reprueba, pues se llega al resultado de solo privilegiar a una parte en franco desmedro de la otra.

19°) La imposición de las costas configura una típica obligación de carácter procesal cuya regulación, como regla, corresponde a las leyes de procedimientos (conf. Palacio, L. y Alvarado Velloso, A., "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación, explicado y anotado jurisprudencial y bibliográficamente", Buenos Aires - Santa Fe, 1987, T. 3, p. 87).

Ahora bien, toda vez que el Congreso Nacional con ocasión de dictar las leyes cuya sanción le incumbe está facultado para incluir en ellas las disposiciones formales necesarias para hacer efectivos los derechos que reglamenten (CSJN, Fallos: 138:157; 141:254; 162:376; 247:524; 265:30), puede, sin lugar a dudas, incursionar en el régimen de la responsabilidad por costas estableciendo los preceptos que considere apropiados, los cuales como se ha dicho podrían incluso apartarse del criterio de imposición al vencido.

Pero para que tal excepción pueda considerarse legislada, la expresión normativa no debe plantear dudas. En otras palabras, la ley nacional de fondo debe establecer con claridad, declarándolo, que adopta una decisión diferente a la que resulta de los ordenamientos procesales (conf. Morello, A. y otros, ob. cit., T. II-B, p. 57 y sus citas de jurisprudencia).

No ocurre ello en el caso examinado, pues los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 no aprueban explícitamente ningún régimen de costas diferente al que resulta de la legislación procesal.

20°) Cabe observar que el criterio interpretativo que apoya esta ponencia fue reflejado por el art. 19, segunda oración, del "Anteproyecto de Ley de Procesos Colectivos" redactado por la comisión designada por Resolución del Ministerio de Justicia de la Nación N° 2017-1026-APN-MJ ("...Las costas se rigen por las reglas comunes previstas en los ordenamientos procesales locales...").

Es también la solución aprobada por el art. 10 del proyecto de ley ingresado en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación N° 6817-D-2018 ("...Tasa de justicia. Las acciones judiciales iniciadas en defensa de derechos amparados por la presente ley quedan exentas del pago de la tasa de justicia y sellados pertinentes al trámite procesal. Las costas se rigen por las reglas comunes previstas en los ordenamientos procesales locales...").

Asimismo, cabe recordar en la misma línea lo dispuesto por el Código de Implementación de los Derechos de los Consumidores y Usuarios, aprobado por la ley 13.133 de la Provincia de Buenos Aires, en cuanto establece que "...Las actuaciones judiciales promovidas por consumidores o usuarios, individual o colectivamente, de conformidad con las normas de defensa del consumidor, estarán exentos del pago de tasas, contribuciones u otra imposición económica. El juez al momento de dictar la sentencia impondrá las costas evaluando la proporcionalidad del monto de la pretensión y los costos del proceso con la capacidad económica de las partes..." (art. 25).

21°) Este voto ha sostenido y sostiene que el beneficio de justicia gratuita previsto por la ley 24.240 es un instituto jurídico diferente y autónomo respecto del incidente sobre beneficio de litigar sin gastos regulado en el Código Procesal.

Las diferencias conciernen tanto a los presupuestos de cada uno, como a sus efectos jurídicos.

En cuanto a lo primero: I) la gratuidad establecida por los arts. 53 y 55 de la ley 24.240 opera ope legis, automáticamente; en cambio, el beneficio de litigar sin gastos depende de instancia o pedido de parte; II) el beneficio de justicia gratuita de la ley de defensa del consumidor no está atado a la producción de prueba para gozarlo, mientras que el beneficio de litigar sin gastos la requiere para llevar al juzgador el convencimiento acerca de la necesidad de su concesión: III) el beneficio de litigar sin gastos de la ley procesal tiene un carácter provisional no contemplado en orden al beneficio de justicia gratuita; y IV) la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos puede ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrase que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio, sin interesar quién es esa persona; empero, el incidente de prueba de solvencia para dejar de lado el beneficio de justicia gratuita solamente está habilitado para el caso del consumidor que ejerce individualmente una acción, no respecto de las asociaciones de defensa.

En orden a los efectos jurídicos, el beneficio de litigar sin gastos de la ley procesal determina la exención total o parcial del pago de las costas o gastos judiciales

hasta que mejore la fortuna del peticionante, quien si venciere en el pleito debe pagar las causadas en su defensa hasta la concurrencia máxima de la tercera parte de los valores que reciba. En cambio, el beneficio de justicia gratuita de la ley 24.240 no alcanza a las costas según lo concluido en este voto.

A la luz de lo anterior, la asimilación entre uno y otro instituto que puede leerse en los fundamentos del decreto 2089/1993 y en otros documentos, no pasan de constituir expresiones equívocas que no se sostienen frente a una indagación jurídica más detenida.

22°) No se ignora que al fallar el caso "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" (sentencia del 14/10/2021), la Corte Suprema de Justicia de la Nación concluyó, con mayor fundamentación que en anteriores oportunidades, que la imposición de costas es contraria al "beneficio de justicia gratuita" y que, sobre esa base, descalificó la condenación a pagarlas que había sido pronunciada en segunda instancia respecto de varias asociaciones de defensa de consumidores actoras, pero ello sin mengua de imponerlas a la única parte demandada en lo que hacía a las devengadas en la instancia extraordinaria del art. 14 de la ley 48.

Previamente, la doctrina del Alto Tribunal no había recurrido al bagaje argumental que puede leerse en el fallo precedentemente referido.

En efecto, con anterioridad la Corte había resuelto recursos extraordinarios federales o quejas por su denegación limitándose a hacer la siguiente declaración: "...Sin especial imposición de costas en virtud de lo establecido por el art. 55, segundo párrafo, de la ley 24.240..." (conf. CSJN, 11/10/2011, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", Fallos: 335:1080; 10/02/2015, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros", Fallos: 338:40; 07/04/2015, ""Damnificados Financieros Asociación para su Defensa c. Bco. Patagonia Sudameris SA y otros s/ sumarísimo"; 09/12/2015, "Consumidores Libres Cooperativa Ltda. Prov. Serv. Acc. Com. c. AMX Argentina (Claro) s/ proceso de conocimiento"; entre otros); 22/12/2005, "Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión SA s/ cumplimiento de contrato"; entre otros).

Por cierto, el alcance de la transcripta fórmula podía, pese a su brevedad, ser aprehendido con el que la propia Corte Federal explicitó en su sentencia en el caso "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario" (Fallos: 338:1344).

En este último asunto, el Alto Tribunal había decidido en su sentencia del 11/2/2014 imponer las costas del proceso a la asociación de defensa actora. Sin embargo, planteada por esta última la reposición de lo resuelto, la Corte Federal modificó —con solo la firma de tres de sus miembros— lo que antes había expresado bajo el argumento de que "...se omitió valorar que en el caso resultaba plenamente aplicable el art. 55, último párrafo, de la ley 24.240, en cuanto otorga a las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva el beneficio de justicia gratuita...". Por ello, acogiendo la revocatoria, dejó sin efecto la referida imposición de las expensas y, en su lugar, dispuso que "...en virtud de lo previsto en el artículo 55, último párrafo de la ley 24.240, no corresponde en el caso imponer las costas a la parte actora vencida..." (decisión del 30/12/2014, causa N° 10/2013).

Ahora bien, hasta el dictado del precedente mencionado al comienzo de este considerando, podía también ser observado que otros fallos de la Corte Suprema evidenciaban la presencia de un criterio diferente.

Así, por ejemplo, la doctora Carmen M. Argibay no encontró óbice para imponer las costas del proceso a la asociación de defensa perdidosa de acuerdo a lo previsto por el art. 68 del Código Procesal, por el simple hecho de no haber invocado en su favor lo dispuesto por dicho art. 55 (su voto en la causa "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", sentencia del 11/10/2011).

Posteriormente, el juez Carlos F. Rosenkrantz optó por imponer las costas a la asociación de defensa cuando su recurso extraordinario era declarado inadmisible en los términos del art. 280 del Código Procesal (CSJN, votos del citado ministro en sentencias del 26/12/2017 dictadas en las causas "Consumidores Financieros Asociación Civil para su Defensa c. La Nueva Cooperativa de Seguros Limitada" y "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Prudencia Cía. Argentina de Seguros Generales SA s/ ordinario"; íd. 26/12/2018, "Asociación Protección Consumidores del Merc. Común Sur c. Galeno Argentina SA s/ sumarísimo").

Asimismo, en otro caso la Corte guardó silencio sobre el curso de las costas cuando quien apelaba era, no solo la asociación de defensa, sino también su demandado, admitiéndose los recursos extraordinarios de los dos (conf. CSJN, 10/07/2018, "Consumidores Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Itaú Buen Ayre Argentina y otro s/ ordinario"). Tal silencio del Alto Tribunal, valga observarlo, bien podía interpretarse como no refractario a una eventual im-

posición de costas pues, como igualmente lo enseña la jurisprudencia del Alto Tribunal, es contrario a la lógica interpretar que el silencio de la sentencia sobre el punto implique su pago en el orden causado, ya que entonces el mero silencio podría constituir una vía indirecta para evitar la nulidad derivada de disponer la exención sin causa explícita (conf. CSJN, causa L. 963. XXXVIII "Las Varillas Gas SA c. EN - M° de Economía O. y S. P. - Sec. de Energía - resols. 124 y 148/01 s/ amparo ley 16.986", sentencia del 20/12/2005, Fallos: 328: 4504; íd. causa P. 1399. XL "Provincia del Neuquén c. YPF SA s/ acción de amparo", sentencia del 13/03/2007, Fallos: 330:702).

23°) No es dudosa la relevancia que en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación tiene el dictado de su sentencia en el recordado caso "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento". Como se dijo, en tal fallo el Alto Tribunal abundó en argumentos que no había desarrollado anteriormente.

Al respecto, la detenida lectura del precedente muestra que para fundarlo la Corte se atuvo, principalmente, a la transcripción de algunas de las exposiciones hechas en el debate de la Convención Constituyente de 1994 relacionadas con art. 42 de la Carta Magna (considerandos 5° a 7°) y en lo dicho en las cámaras legislativas con ocasión de ser sancionada la ley 26.631 (considerando 9°).

Sin embargo, todas las consideraciones hechas por los convencionales constituyentes o por los representantes parlamentarios que recuerda el Alto Tribunal se refirieron con exclusividad a la necesidad de garantizar el "acceso a la justicia" y no obstaculizarlo con los "costos del proceso" (véase especialmente las transcripciones de las palabras de los convencionales Pizzurno y De la Rúa, y de los senadores Petcoff, Naidenoff y Morales), pero sin referir expresa o explícitamente, ni una vez, a las costas o expensas en el caso de vencimiento, por lo que una interpretación posible es que lo único debatido por aquellos fue estrictamente lo relacionado a los gastos o costos de ingreso al proceso, no los derivados de su pérdida.

Otras transcripciones efectuadas por el Alto Tribunal son más bien genéricas (por ejemplo, las que corresponden a lo expresado por el senador Pichetto) o incluso ratifican la idea de que la llamada "justicia gratuita" involucraba en la "mens legis" solo el problema del pago de la tasa de justicia (referencias del considerando 9°, último párrafo, a las exposiciones de los senadores Escudero y Guinle).

Más todavía: en el considerando 9°, segundo párrafo, la Corte Suprema hizo mérito de un segmento del Informe que acompañó el proyecto de ley (que luego se convertiría en la N° 26.361) presentado ante la Cámara de Diputados por las Comisiones de Defensa del Consumidor, de Comercio y de Justicia, por el cual se juzgaba discriminatorio no eximir del pago de gastos a las asociaciones de consumidores, cuando dicha eximición estaba legalmente aprobada a la autoridad pública y a las defensorías del pueblo que actúan en procesos colectivos. Bien entendido, el Informe aludía al Ministerio Público Fiscal y al Defensor del Pueblo, ambos con legitimación reconocida por el art. 52, segundo párrafo, de la ley 24.240.

Pero hete aquí, sin embargo, que el argumento no convence pues si bien es claro que el Ministerio Público Fiscal, siguiendo un antiguo criterio (CSJN, Fallos: 6:241), no puede ser condenado en costas (art. 63, inc. "d", ley 27.148; CSJN, 23/06/2009, "Linares, Walter Eduardo y otros c. Sociedad Italiana de Beneficencia en Buenos Aires y otro s/ beneficio de litigar sin gastos"; 24/09/2020, "Estado Nacional - Ejército Argentino c. Reigel, Juan D. s/ ley de desalojo") y, por tanto, tampoco está obligado al pago de la tasa de justicia u otros gastos como el depósito previsto por el art. 286 del Código Procesal (CSJN, doctrina de Fallos: 337:45), lo cierto es que, como otrora lo supo observar la Corte Suprema de Justicia de la Nación, con relación al régimen procesal de las costas, la función concurrente del Ministerio Público Fiscal que actúa en la jurisdicción no puede equipararse, por ser esencialmente distinta, con la situación que a ese mismo efecto concierne a los litigios entre particulares (CSJN, Fallos: 232:732, *in re* "SA Spedrog", espec. p. 735), calificación esta última a la cual —valga observarlo— no escapan los procesos colectivos seguidos por organizaciones privadas de defensa de consumidores.

Y, por cierto, siempre teniendo en mira el régimen procesal de las costas, tampoco resulta equiparable la situación de un consumidor individual o de una organización de defensa de consumidores con la del Defensor del Pueblo de la Nación. Es que, a diferencia de tales sujetos privados, la actuación de dicho funcionario estatal no gubernamental "...no encuentra sustento en un poder individual otorgado por los integrantes de un grupo determinado sino que tiene su origen en la Constitución Nacional que le impone el deber de accionar judicialmente en defensa de los derechos de incidencia colectiva en ella consagrados y, en definitiva, en beneficio de la comunidad en su conjunto..."; y de ahí, entonces, la necesidad sí de compatibilizar lo previsto por el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación con los propósitos que determinaron la inclusión de la figura del Defensor del Pueblo al texto constitucional, de modo de no hacer pesar sobre él los costos económicos del proceso (CSJN, 19/04/2016, "Defensor del Pueblo de la Nación c. EN - MO de Planificación - resol. 1961/06 s/ proceso de conocimiento"). Esto sea dicho, además, sin perjuicio

de también advertir como nota diferencial respecto de las organizaciones privadas de defensa, la limitada posibilidad de actuación del mencionado funcionario estatal habida cuenta que su legitimación se relaciona exclusivamente a actos, hechos u omisiones de la administración pública nacional y sus agentes (art. 14 de la ley 24.284), por lo que, en consecuencia, solo podría intervenir en una acción colectiva cuando el Estado actuase como proveedor o como autoridad de contralor de la ley 24.240 (conf. Chamatrópulos, D., "Estatuto del Consumidor Comentado", Buenos Aires, 2016, T. II, p. 250), hipótesis en que es razonable la no imposición de costas al Defensor Oficial como explícitamente lo tienen establecido, por ejemplo, el art. 14 *in fine* de la ley N° 3 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, y el art. 35 *in fine* de la ley 13.834 de la Provincia de Buenos Aires.

24°) Lo expuesto en los dos considerandos anteriores muestra —dicho ello con el mayor de los respetos al Alto Tribunal y sus integrantes— que no son incontrovertibles los fundamentos de la sentencia dictada en el caso "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento".

Sobre tal base y recordando que es dado a los jueces inferiores apartarse de la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación si aportan nuevos argumentos que justifiquen esa actitud (doctrina de Fallos: 307:1094, considerando 2° y Fallos: 342:2344, considerando 18°, último párrafo), extremo este último que cumplimentan los considerandos 2° a 22° del presente voto, habrá de mantener el suscripto para el dictado de este pronunciamiento plenario la interpretación que invariablemente he sostenido como juez de la Sala D de esta alzada mercantil.

Es que a pesar de la autoridad y del respeto que merecen los precedentes de la Corte en cuanto emanados del Tribunal Supremo de la Nación, y de las razones de economía procesal, certeza y seguridad jurídicas que aconsejan la conveniencia de tender a la uniformidad de la jurisprudencia, en la medida de lo prudente y dentro de la ineludible variedad de las circunstancias de tiempo y lugar, ha de reconocerse que los fallos de la Corte carecen de fuerza general legalmente vinculante para los tribunales inferiores (conf. Sagüés, N., "Eficacia vinculante o no vinculante de la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación", ED, 93-891).

Más aún: como la propia Corte lo ha explicado, el hecho de que los tribunales inferiores puedan apartarse "fundadamente" de aquellos precedentes no es, a pesar de algunos inconvenientes que de ello pudiera derivar, sino una consecuencia necesaria del sistema federal adoptado en la Carta Magna (conf. CSJN, "Lopardo, Rubén Á. c. Municipalidad de la Ciudad de Buenos Aires", Fallos: 304:1459).

25°) Con sustento en las razones expuestas, aplicables en lo pertinente al art. 55, segundo párrafo, de la ley 24.240, respondo al interrogante planteado para esta convocatoria a fallo plenario en el sentido de que el "beneficio de justicia gratuita" consagrado por el art. 53, último párrafo, de la citada ley, no exime del pago de las costas del proceso, si el consumidor fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente.

Los doctores *Vassallo* y *Garibotto* adhieren al voto del doctor *Heredia.*

El doctor *Bargalló* dijo:

El tema de la convocatoria a plenario refiere a un supuesto amparado por la Ley de Defensa del Consumidor (ley 24.240).

En concreto la cuestión versa sobre si: "¿El beneficio de justicia gratuita" que dispone el art. 53 de la ley 24.240, además de los gastos, sellados y otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente?

A mi juicio, y tal como lo he sostenido reiteradamente en mi condición de vocal de la Sala "E" de esta Cámara en numerosos fallos, ello debe ser entendido en el sentido de que se ha pretendido mediante la citada norma dotar a los consumidores de la facultad de acceder a la justicia sin el pago de tasas, sellados u otros cargos. Ello implica, desde una perspectiva protectoria, la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas, pero no puede interpretarse, por una inadecuada vía extensiva, que tal prerrogativa alcance a la imposición de costas porque ello podría significar un indebido desplazamiento de normativa específica: CPr., 68, con sus inherentes consecuencias.

A ese respecto cabe advertir haberse sostenido que las excepciones a los preceptos generales de la ley, obra exclusiva del legislador, no pueden crearse por inducción o extenderse por interpretación a casos no expresados en la disposición excepcional (CSJN, Fallos: 317:1505; 320:761; 322:2890; entre otros).

En el caso, la ley 24.240 no establece que los reclamos formulados con sustento en la misma estén exentos del pago de las costas aun cuando hayan sido condenadas a sufragar dichas accesorias.

A ello cabe agregar que la prerrogativa de "justicia gratuita" exime del pago de la tasa de justicia y sellados con la finalidad de facilitar el acceso a la justicia. Pero de modo alguno se asimila al "beneficio de liti-

gar sin gastos" que incluye la exención de costas. Esto así porque el propio Estado garantiza la gratuidad del servicio que aquel presta pero, una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido al resultado del proceso, incluido el pago de costas, que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de justicia de carácter alimentario (CNCom., Sala E, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur Proconsumer c. Sociedad Militar Seguro de Vida Institución Mutualista", del 30/09/2015; "Proconsumer c. Compañía Financiera Argentina SA", del 15/11/2016; "Savoia, María del Carmen c. ICBC Argentina SA", del 27/03/2019, "ACYMA Asociación Civil c. Percomin ICSA", del 14/06/2019; entre otros).

Es mi parecer entonces, y tal como adelanté, que corresponde una respuesta negativa al tema que convoca a este plenario.

Ahora bien, hallándose el Tribunal avocado al estudio de la cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en un fallo reciente, dictado el 14/10/2021, en los autos "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", consideró que no correspondía la imposición de costas en el marco de procesos, o recursos traídos a su conocimiento, en los que se propende a la protección de derechos de usuarios y consumidores.

Allí nuestro Máximo Tribunal, luego de un análisis del texto constitucional (art. 42) y de los antecedentes parlamentarios de la ley 24.240 y su modificatoria ley 26.361 (arts. 53 y 55) y de interpretar que el goce del "beneficio de justicia gratuita" incluía la eximición de la condena en costas, a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor, resolvió, en tal virtud, dejar sin efecto la sentencia en lo concerniente a la imposición de costas que había sido asignada a las actoras con motivo de la declaración de caducidad de la instancia judicial. Dicho esto, no puedo obviar considerar los efectos del fallo de la Corte Suprema, pues ya sea por una declaración previa o posterior el resultado es eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso.

Comparto la idea de reconocer la importancia institucional que revisten los precedentes del Superior Tribunal Federal, como así también su vinculación moral para los demás judicantes, sobre la base de los principios de celeridad, economía procesal y seguridad jurídica (vgr. Fallos: 328:175, 342:2344, 212:51).

Sin embargo, también entiendo que las sentencias del Superior Tribunal solo tienen, en principio, eficacia vinculante en el proceso en el que se dictan, y no importan privar a los magistrados de la facultad de aplicar con criterio propio las resoluciones de aquel y apartarse de ellas cuando existen motivos valederos para hacerlo.

Se ha dicho, con fundamento en la jurisprudencia de la propia Corte Suprema, que los tribunales inferiores pueden apartarse de las resoluciones dictadas por el Máximo Tribunal en la medida en que funden su decisión en argumentos no considerados por la Corte (vgr. Fallos: 318:2060; 342:584; ver asimismo "La obligatoriedad de los fallos de la Corte Suprema de Justicia de la Nación desde la perspectiva de los tribunales inferiores", Julio César Rivera (h.) y Santiago Legarre, La Ley Online: 0003/012959, y jurisprudencia allí citada).

Precisado ello observo, como primera cuestión, que lo resuelto por la Corte Suprema difiere de la temática involucrada en la convocatoria plenaria que, como dije, refiere a determinar si el "beneficio de justicia gratuita", además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, eximiría al consumidor del pago de las costas del proceso si fuese alcanzado total o parcialmente por tal condena.

Sin embargo, como la imposición de costas (materia involucrada en el fallo de la CSJN) opera como un prius en lo relativo a la cuestión de los alcances de esa imposición (agenda de este plenario) estimo pertinente formular algunas apreciaciones más.

Así, siguiendo el lineamiento del Alto Tribunal, con independencia del resultado del juicio, no sería posible imponerle las costas a un consumidor, o asociaciones de consumidores, en procesos donde se persiga la defensa de derechos consagrados en la LDC.

Sin embargo, en realidad, un pronunciamiento sobre imposición de costas deviene obligatorio según las prescripciones contenidas en el CPr., 161:3 y 163:8, y que para su definición se deben seguir las reglas del código procesal, que se basan, en principio, en el hecho objetivo de la derrota (código citado: 68, primer párrafo y 69) o, en caso de corresponder, en distintas circunstancias de cada proceso en particular (mismo código; 68, segundo párrafo y 70 a 77).

De allí que la posible eliminación de un pronunciamiento sobre costas, además de soslayar el imperativo legal, podría generar una situación de incertidumbre que derive en una previsible zona conflictual, en relación al sujeto pasivo que deba soportar las consecuencias de la ausencia de tal requisito, sin que se observe que el legislador haya reglado otro mecanismo superador para ello.

No se desconoce que, luego de tal imposición de costas, puedan presentarse otras situaciones que im-

pidan que el obligado a su pago deba responder por las mismas (por ejemplo quienes obtienen el beneficio de litigar sin gastos —CPr., 84—), pero ello es un asunto posterior, y vinculante a su efectivización, que no puede ni debe anteponerse a la decisión de atribuir las costas conforme las pautas antes expresadas. Al margen de ello aprecio que la garantía de acceso a la justicia de los consumidores no puede concretarse a expensas de derechos de otros sujetos que también cuentan con amparo constitucional.

Es claro que de aceptarse una extensión mayor al específico concepto de "justicia gratuita" que el expresado por la ley, podrían verse afectados derechos de otros justiciables y terceros.

En concreto, la eximición que se otorgue sobre costas a cualquiera de los reclamos judiciales de los consumidores, o asociaciones de consumidores, es correlativa con el mayor sacrificio que deberían soportar esos otros sujetos, entre los que podrían hallarse algunos que detenten privilegios fundados en el carácter alimentario de sus créditos o que pertenezcan también a alguno de los demás grupos vulnerables a los que la Constitución y los tratados internacionales otorgan protección preferente.

En otros términos, al derecho de propiedad, que en definitiva es el valor involucrado en el instituto de la condena en costas, no puede hacérselo ceder frente a la prerrogativa de litigar gratuitamente —cuya valiosa esencia se halla fuera de duda—, cuando a esta se le ha extendido tan generosamente su ámbito de aplicación por vía interpretativa.

No se pasa por alto que los preceptos relativos al "beneficio de justicia gratuita" son coetáneos a la sanción de la primera legislación de defensa del consumidor de 1993 (BO del 15/10/2093) y que la normativa se ha mantenido en las sucesivas leyes modificatoria, pero también lo es que ello ha dado lugar a interpretaciones diversas sobre sus alcances sin involucrarse ni desarrollarse, en especial, el tema de la imposición de las costas lo cual, insisto, es cuestión que la ley no prevé.

Sobre esto estimo relevante exponer dos circunstancias.

La primera concierne al hecho que la ley N° 26.994 aprobó un nuevo cuerpo normativo, derogó el Cód. Civil, el Cód. Comercial, entre otras normas y, a la vez, introdujo un título específico sobre contratos de consumo y numerosas modificaciones a leyes vigentes, entre ellas a la Ley de Defensa del Consumidor. Sin embargo, nada precisó respecto del alcance del instituto de la justicia gratuita por más que ya era de público y notorio conocimiento la discusión que ahora nos convoca. Tampoco nada incluyó —y es opinable que hubiese podido hacerlo— sobre imposición de costas en particular, de modo que sigue incólume lo normado por el Código Procesal.

La segunda, que recién alguna solución —desde el punto de vista legislativo— es proyectada en el Anteproyecto de Ley de Defensa del Consumidor, en su art. 168, donde se esclarece la cuestión de la siguiente manera: "Las acciones judiciales promovidas por consumidores en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita, que se considera comprensivo del pago de tasa de justicia, timbrados, sellados, costas y de todo gasto, excepto en el caso de temeridad o malicia o pluspetición inexcusable".

Considero, pues, que la normativa vigente pretende dotar tanto a los consumidores particulares como a las asociaciones de consumidores de la facultad de acceder a la justicia sin el pago de tasas, sellados u otros cargos a fin de no trabar por razones patrimoniales el acceso pleno a la jurisdicción. Por lo que implica la imposibilidad de gravar el ejercicio de las acciones judiciales o de las peticiones administrativas, pero, debo insistir en esto, de ninguna manera puede interpretarse que dicha prerrogativa se asimila al "beneficio de litigar sin gastos" que incluye la exención de costas.

Es que de otorgarse inmunidad al consumidor en materia de costas se generarían, insisto, situaciones que afectarían a quien resultó vencedor en el litigio contra el consumidor o asociación de consumidores.

Sobre esto último aludo a la ley 27.423 sobre Honorarios Profesionales de Abogados, Procuradores y Auxiliares de la Justicia Nacional y Federal que en su art. 59:h, establece que: "En aquellos casos en que las costas sean impuestas a quien cuente con el beneficio de litigar sin gastos, los peritos podrán reclamar la totalidad de sus honorarios a la parte no condenada en costas, independientemente del derecho que tenga esta de repetir contra la obligada al pago".

No concluiré sin expresar haberme pronunciado receptando la doctrina que señala que en virtud del principio de separación de poderes que consagra nuestra organización constitucional, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, ya que esta atribución es propia de los poderes políticos. El control judicial debe quedar ceñido, en lo sustancial, a que el ejercicio de las potestades de los restantes poderes del Estado se mantenga dentro de los límites de la garantía de razonabilidad y no avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o, en su caso, en las leyes. Ello es así

en razón de que no compete a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto (Fallos: 317:126; 324:3345; 325:645, entre otros).

De allí se sigue que no es propio del Poder Judicial sustituir al legislador a la hora de decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores. Se trata, por el contrario, de atribuciones propias de los demás poderes del Estado, a los cuales el judicial debe reconocer un amplio margen de discrecionalidad, por ser los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

Dejo por consiguiente expresado mi voto personal por la negativa; a lo cual agrego mi adhesión a los fundamentos expresados por los doctores *Uzal, Kölliker Frers* y *Chomer*, integrantes de la Sala A.

Por los fundamentos del acuerdo precedente, se fija como doctrina legal que: "El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el artículo 53 de la ley N° 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente". Dado que la resolución dictada en fs. 275/278 no se adecua a la doctrina establecida en este fallo plenario, corresponde dejarla sin efecto en cuanto fuera materia del recurso de inaplicabilidad de la ley incoado y pasar las actuaciones a la Sala que resulte sorteada para que pronuncie nueva sentencia al respecto. Notifíquese y pasen los autos a la Presidencia de esta Cámara a los fines previstos en el art. 300 del Código Procesal. Déjese copia certificada por Secretaría en las actuaciones. — *María E. Uzal. — María L. Gómez A. de Díaz Cordero. — Julia M. L. Villanueva. — Héctor O. Chomer. — Alfredo A. Kölliker Frers. — Matilde E. Ballerini. — María G. Vásquez. — Eduardo Machin. — Pablo D. Heredia. — Gerardo G. Vassallo. — Juan R. Garibotto. — Ángel O. Sala. — Hernán Monclá. — Miguel F. Bargalló. — Alejandra N. Tevez. — Ernesto Lucchelli. — Rafael F. Barreiro.*

A propósito del fallo plenario "Hambo" sobre el beneficio de gratuidad (*)

Leandro M. Castelli (**)

Alejo M. Gascón (***)

Sumario: I. Introducción.— II. El contexto en el cual se dictó el fallo.— III. Los argumentos esgrimidos en el fallo.— IV. Conclusión.

I. Introducción

Los procesos de consumo gozan del beneficio de justicia gratuita a favor del consumidor desde su incorporación a la ley 24.240 de Defensa del Consumidor (LDC) mediante la reforma del año 2008 **(1)**. Sin embargo, siempre hubo discusiones con respecto a su alcance y había doctrina y jurisprudencia adherente a una postura amplia y a otra restringida sin que pudiera afirmarse que una u otra tuviera mayor influencia. A la luz del flamante plenario "Hambo", la discusión parece haberse saldado, al menos, para los reclamos iniciados ante el fuero comercial.

A partir de ahora, los consumidores y asociaciones de consumidores estarán exentos de pagar las costas en el fuero, además de la tasa de justicia. Así fue resuelto por los jueces de la Cámara Nacional en lo Comercial que dictaron el fallo plenario "Hambo" donde fijaron como doctrina legal **(2)** que "[e]l 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el art. 53 de la ley 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente" **(3)**. Esta doctrina legal es aplicable también a las acciones de consumo iniciadas en defensa de un derecho incidencia colectiva.

El fin de la regla del "beneficio de justicia gratuito" es claro. Se busca facilitar el acceso a la justicia de los consumidores eliminando las barreras económicas. Ahora bien, la esencia del problema es, justamente, identificar cuáles son las barreras económicas que se deben eliminar para cumplir con ese propósito. Para la postura "amplia", a grandes rasgos, el pago de las costas es una barrera para que los consumidores ini-

(*) Agradecemos a Ariana Kissner y a Milagros de las Cuevas por su colaboración en este artículo.

(**) Abogado (UBA). Presidente de la Comisión de Defensa del Consumidor del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Fue vicepresidente para América Latina y el Caribe del área de práctica sobre resolución de conflictos para Lex Mundi. Es miembro del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, del Colegio Público de Abogados de Capital Federal, del Colegio de Abogados de San Isidro y de la International Association of Defense Counsel (IADC). Autor del libro "Product Liability" (capítulo de la Argentina), primera edición, 2014, de la European Lawyer Reference. Miembro del equipo de Litigios y Arbitrajes de Marval O'Farrell Mairal.

(***) Abogado (UBA). Realizó un posgrado en pericias judiciales en la Universidad Austral, y cursó la maestría en Derecho y Economía en la Universidad Torcuato Di Tella. Autor del capítulo sobre Argentina del libro "Product Liability" (primera edición, 2014), de la European Lawyer Reference. Miembro del Colegio Público de Abogados de la Capital Federal y del Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires. Integrante de las áreas de Defensa del Consumidor, y Litigios y Arbitrajes de Marval O'Farrell Mairal.

(1) Art. 26 de la Ley 26.361, BO 07/04/2008.

(2) Arts. 300 del Cód. Procesal, texto según ley 27.500, BO 10/01/2019.

(3) CNCom., en pleno, 21/12/2021, "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo" (Expte. N° 757/2018).

cien sus reclamos. Mientras que, para la postura "restringida", alcanza con eliminar solo los costos de acceso a la justicia.

La ley procesal dota de obligatoriedad al fallo plenario, por lo que deberá seguirse la solución que propone **(4)**. Pero percibimos que la solución es transitoria y, a nuestro criterio, podría modificarse si se conociera cuál es el límite eficiente para tener un grado de litigiosidad adecuado (aunque, de momento, no sabemos de la existencia de investigaciones que hayan medido ese fenómeno social). Hay varios interrogantes que se nos plantean: ¿el eventual pago de las costas incide en la toma de decisión del consumidor para instar su reclamo?, ¿ese consumidor sabe que puede iniciar un beneficio de litigar sin gastos si no puede afrontar los gastos del juicio principal?, ¿la litigiosidad en materia de consumo en nuestro país logra una mejora en la oferta de productos con respecto a otros mercados? En definitiva ¿la distorsión que genera la regla de la gratuidad es eficiente?

II. El contexto en el cual se dictó el fallo plenario

Hasta el dictado del plenario bajo estudio, las Salas B, C y F de la Cámara Nacional en lo Comercial, coincidían en afirmar que el beneficio de gratuidad previsto en los arts. 53 y 55 de la LDC tenía un alcance o contenido similar, en amplitud, al beneficio de litigar sin gastos (BLSG) otorgado según el art. 84 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación (Cód. Procesal) **(5)**; esto es, la postura amplia, que alcanzaba a la condena en costas. Por otro lado, las Salas A, D y E sostenían la postura restringida donde el "beneficio de justicia gratuita" no era sinónimo de BLSG, sino que eran dos institutos con características propias que los diferenciaban, y que el "beneficio de gratuidad" no alcanzaba a la obligación de sufragar las costas, en el supuesto de que la actora resultara condenada **(6)**.

En ese contexto se dictó el fallo comentado. El 28 de noviembre de 2019, se concedió el recurso de inaplicabilidad de ley en la causa "Hambo" (arts. 288 y 293 del Cód. Procesal); el 5 de febrero de 2020, se convocó al plenario (art. 301 del Cód. Procesal); el 5 de marzo de 2020, la presidencia de la Cámara definió la cuestión a resolver (art. 294 del Cód. Procesal), y, el 21 de diciembre de 2022, se dictó la sentencia. En el fallo plenario, once jueces integraron la mayoría a través de tres votos. Mientras que, la minoría contó con igual cantidad de votos que daban cuenta de la opinión de siete jueces. La votación podría haber quedado igualada si no hubiera sido por el fallo de la CSJN que inclinó a dos vocales de la Sala E a suscribir el voto de la mayoría, cuando sus votos en casos anteriores, incluso el originalmente dictado en la causa "Hambo" apoyaban a los argumentos de la minoría **(7)**.

---

(4) Art. 303 del Cód. Procesal.

(5) CNCom., sala B, "Zoli, Sergio c. Caja de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 24/08/2016. De la misma manera, CNCom., sala C, "Damnificados Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 09/03/2010. En igual sentido, CNCom., sala F, "Marisi, Lucas c. Zurich Argentina Compañía de Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 11/07/2017, Expte. N° 8360/17; CNCom., sala F, "San Miguel, Martín Héctor y otros c. Caja de Seguros SA", 29/06/2010; CNCom., sala F, "Roldán de Bonifacio, Elizabeth T. c. Fiat Auto SA de Ahorro p/fines determinados y otros s/ ordinario", 09/11/2010; CNCom., sala F, "Giudici, María A. c. JP Morgan Chase Bank NA y otros s/ ordinario", 20/09/2011; CNCom., sala F, "Aparicio, Myriam S. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", 11/11/2010; CNCom., sala F, "Z., A. D. c. Clama SA y otro s/ ordinario", 06/05/2014.

(6) CNCom., sala A, "PADEC c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 04/12/2008; CNCom., sala A, "Di Matteo, Marcela Fernanda c. Schaupp, Beatriz Marta s/ ordinario", 26/12/2017; CNCom., sala A, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores (ADUC) c. Banco Credicoop Ltdo. s/ beneficio de litigar sin gastos"). De la misma manera, CNCom., sala D, "Danzinger, Néstor Mario y otro c. Zurich International Life Ltdo. Sucursal Argentina s/ ordinario", 07/05/2009, Expte. N° 45512/2004; CNCom., sala D, "Adecua c. Banco BNP Paribas SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 04/12/2008, Expte. N° 23961/2007. En igual sentido, CNCom., sala E, "Adecua c. BBVA Bco. Francés SA y otro s/ beneficio de litigar sin gastos", 03/04/2009, Expte. N° 47637/2007; CNCom., sala E, "Damnificados Financieros Asoc. Civil P/ su Defensa c. Banco Patagonia Sudameris SA y otros s/ beneficio de litigar sin gastos", 21/05/2009; CNCom., sala E, "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 29/05/2019, Expte. N° 757/2018. En otro momento la Sala B, también compartía este criterio. CNCom., sala B, "PADEC Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Citibank NA s/ beneficio de litigar sin gastos", 27/09/2013.

(7) Voto de los doctores Hernán Monclá y Ángel O. Sala del 21/12/2021 y la resolución de la Sala E del 29/05/2019

Dos meses antes de la votación del plenario, la CSJN abordó la misma materia en el proceso colectivo "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento" **(8)**. En esas actuaciones, resolvió por unanimidad que el beneficio de gratuidad era equivalente al BLSG previsto en el Cód. Procesal, por lo que incluía tanto la tasa de justicia como los costos y costas del proceso. Con ello dejó sin efecto la sentencia dictada por la Sala II de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Contencioso Administrativo Federal que había declarado desierto el recurso de apelación interpuesto por las asociaciones de consumidores actoras contra el pronunciamiento que había resuelto la caducidad de la instancia y les había impuesto las costas.

En resumen, el Máximo Tribunal consideró que, en función de las finalidades perseguidas por el legislador, el instituto debía interpretarse en sentido amplio abarcando las costas del proceso. Para ello tuvo en cuenta el análisis de la Convención Constituyente que modificó el art. 42 de la CN y los debates parlamentarios de la ley 26.361 que introdujo la gratuidad. También sostuvo que un proveedor no tendría ningún interés en promover un incidente de solvencia (a pesar de que no está previsto para los procesos colectivos) si no fuera porque el beneficio de justicia gratuita es amplio. Finalmente, la CSJN aclaró que no se utilizaba el término "beneficio de litigar sin gastos" para preservar las autonomías provinciales.

El fallo "ADDUC" no era una novedad en sí mismo debido a que la Corte ya se venía manifestando en idéntico sentido desde 2011 y sosteniendo que "no correspondía la imposición de costas en el marco de los recursos traídos a su conocimiento en acciones que propenden a la protección de derechos de usuarios y consumidores" **(9)**, aunque algunos votos se apartaban de ese criterio **(10)**. Por supuesto que, ninguno de estos precedentes era desconocido para los vocales de la Cámara Comercial e, incluso, algunos solían considerarlos en sus sentencias.

La diferencia entre los fallos de la CSJN y la Cámara Comercial radicaba en que el Máximo Tribunal había dejado sin efecto la imposición de costas, mientras que la Cámara había considerado que los consumidores podían ser condenados en costas, pero estaban exentos de pagarlas.

III. Los argumentos esgrimidos en el fallo

Debajo, resumiremos los argumentos principales que se esgrimieron en los votos del plenario, en orden de relevancia e incorporando nuestra reflexión.

III.1. Argumento lingüístico

Este es el primer argumento que se debe considerar en el proceso interpretativo y así lo hicieron los vocales de la Cámara **(11)**. Cualquier estrategia de interpretación que omita el análisis del significado-base de la regla de derecho en cuestión presentará un error metodológico que podría invalidar la conclusión. Sin embargo, el mismo texto llevó a conclusiones distintas porque estamos ante el concepto indeterminado de "justicia gratuita".

La mayoría de los magistrados consideró que la solución reside en la propia letra de la LDC, aunque no desarrollan en extenso el punto. Argumentaron que, "de conformidad a lo dispuesto en los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., el concepto amplio de justicia gratuita para los consumidores encuentra asidero interpretativo

en la causa "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo", Expte. N° 757/2018.

(8) Fallos 344:2835.

(9) CSJN 66/2010 (46-U)/CS1 "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", 11/10/2011; Fallos 335:1080 y 338:40; CSJN 10/2013 (49-U)/CS1 "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario", 30/12/2014; CSJN 27/2013 (49-D)/CS1 "Damnificados Financieros Asociación para su Defensa c. Bco. Patagonia Sudameris SA y otros s/ sumarísimo", 07/04/2015; CSJN 443/2011 (47-P)/CS1 "Padec Prevención Asesoramiento y Defensa del Consumidor c. Cablevisión SA s/ cumplimiento de contrato", 22/12/2015, entre otros.

(10) Voto de la Dra. Carmen M. Argibay en la causa U. 66. XLVI. REX, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", 11/10/2011 y voto del Dr. Carlos F. Rosenkrantz en Fallos 340:1969, 341:1998 y 340:1973.

(11) ZULETA PUCEIRO, Enrique, "Interpretación de la Ley", La Ley, Buenos Aires, 2007, 1ª ed., p. 49. El voto de los doctores Hernán Monclá y Ángel O. Sala sigue la intención de la CSJN en el fallo "ADDUC".

no solo si se tienen en cuenta las palabras utilizadas en la norma..." **(12)** y que, de acuerdo con la redacción del art. 2 del Cód. Civ. y Com., las leyes deben interpretarse conforme el sentido propio de las palabras y en coherencia con todo el ordenamiento normativo **(13)**. Sin embargo, no hubo un análisis lingüístico de los términos utilizados en la ley que permita identificar el razonamiento utilizado para arribar a esa conclusión.

En apoyo de esa interpretación, la mayoría argumentó que, ante cualquier duda sobre el alcance del significado de "beneficio de justicia gratuita", debe privilegiarse la interpretación más favorable para el consumidor, que en la especie reside en darle a la exención el máximo alcance (conf. art. 3 de la LDC). Es por ello por lo que consideraron que una interpretación restrictiva de la LDC se apartaría de la solución legal prevista para el caso, en menoscabo de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores.

Por su parte, los votos de la minoría dijeron que, aunque los jueces tengan la facultad de interpretar, no pueden soslayar lo dispuesto expresamente por la ley. Para indagar el alcance de una norma, se debe hacer un examen atento de sus términos que tenga en cuenta la racionalidad del precepto y la voluntad del legislador. La inconsecuencia o falta de previsión del legislador no se supone y, por lo tanto, las leyes deben interpretarse conforme al sentido propio de las palabras. Debe entenderse entonces que los términos empleados no son superfluos, sino que han sido empleados con algún propósito, ya sea ampliar, limitar o corregir los conceptos.

En ese sentido, indicaron la falta de coherencia del legislador al sancionar el nuevo texto. Refirieron que, "si el legislador hubiera tenido voluntad de introducir en el articulado de la ley al 'beneficio de litigar sin gastos', ese y no otro distinto [debería haber] sido el término utilizado —y más aún cuando el mismo genera interpretaciones ambiguas—, lo cierto es que el propio desarrollo del debate los refiere como dos institutos distintos" **(14)**. En apoyo de esa posición, agregaron que el art. 53 de la LDC lleva como título "Normas del proceso", por lo que dicha normativa es de carácter procesal. Por ello, ante la ausencia de una teoría autónoma de la interpretación de las normas procesales y considerando que las palabras utilizadas por el legislador no son lo suficientemente claras, debe tomarse en consideración la finalidad de este (conf. art. 2 del Cód. Civ. y Com.) **(15)**.

La minoría sostuvo que el instituto del beneficio de justicia gratuita tiene un preciso contenido que lo distingue del BLSG. "Litigar sin gastos" abarca desde el comienzo de las actuaciones judiciales —pago de tasas y sellados— hasta su finalización —eximición de costas—. Por el contrario, "justicia gratuita" se refiere al acceso a la justicia, a la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, que no debe verse conculcado por imposiciones económicas. Ahora bien, una vez franqueado dicho acceso, el litigante queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, que no son de resorte estatal, sino que constituyen una retribución al trabajo profesional de los letrados y demás auxiliares de la justicia, de carácter alimentario **(16)**.

Por otro lado, justificaron su voto refiriéndose a los términos utilizados, así dice que la "gratuidad", como adjetivo, califica al sustantivo "justicia"; la justicia gratuita se perfecciona liberando de toda traba económica el acceso a esta, representada por gravámenes de tipo fiscal. También plantearon un fundamento de orden histórico para analizar el concepto de la gratuidad.

La minoría indicó, asimismo, que, cada vez que en el derecho argentino se ha legislado sobre la gratuidad de un procedimiento, se lo ha circunscripto a no limitar con imposiciones económicas el acceso a la justicia, pero sin

(12) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 11.

(13) Voto del doctor Rafael F. Barreiro al cual adhieren doctores María Guadalupe Vásquez, Eduardo Machin y Ernesto Lucchelli, ps. 47/48.

(14) Voto de los doctores Héctor O. Chomer, Alfredo A. Kölliker Frers y María Elsa Uzal al cual adhirió el doctor Miguel F. Bargalló, p. 125.

(15) Voto del doctor Pablo Heredia al cual adhieren doctores Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto, p. 149.

(16) Voto de los doctores Héctor O. Chomer, Alfredo A. Kölliker Frers y María Elsa Uzal al cual adhirió el doctor Miguel F. Bargalló, p. 128.

avanzar sobre las costas del proceso. Ello llevó a concluir que, *si se litiga sin gastos*, no se debe abonar ni tasa, ni sellado, ni honorarios profesionales, ni ningún tipo de costas durante todo el trámite del litigio; pero que, *si lo gratuito es la Justicia*, no habrá que pagar ninguna tasa o sellado para promover una demanda, aunque una vez iniciado el juicio habrá que atenerse al régimen general de gastos en materia de honorarios profesionales y demás costas de todo proceso. Esto sin perjuicio de que, si la situación económica del litigante lo justifica pueda, además, solicitar de modo más o menos integral el BLSG.

En definitiva, vemos que en este caso el análisis del texto de la ley no es suficiente por sí solo para interpretar el alcance que se le pretendió dar al beneficio de justicia gratuita el cual se mantiene como un concepto ambiguo.

III.2. Argumento de la intención del legislador

A este tipo de argumento se lo llama "transcategórico" o trascendente a todas las categorías de argumentos interpretativos **(17)**. Siempre que pueda identificarse la intención del legislador, la ambigüedad debe ser resuelta de conformidad con esa intención. Así, ante la ambigüedad del texto de la ley, los vocales utilizaron esta herramienta hermenéutica y revisaron el debate parlamentario **(18)**.

Vale adelantar para este tipo de análisis que no hay una única intención del legislador. En la mayoría de los casos, el debate parlamentario exhibe una discusión entre distintos espacios políticos que no siempre coinciden en la interpretación de las leyes que sancionan. Por ello, en la tarea interpretativa no se debe perder de vista que "muchas veces la redacción de las normas peca de ambigüedad, en ocasiones involuntaria pero generalmente consciente: esa ambigüedad permite las transacciones políticas en las cuales cada partido interpreta a su gusto la norma, encomendando al juez el trabajo de descifrar el 'verdadero' sentido del término (cuando sus autores no pudieron ponerse de acuerdo al respecto) y pasando a los particulares el riesgo de la inseguridad jurídica resultante" **(19)**. Otra vez, advertimos que tanto la mayoría como la minoría de los votantes arribaron a distintas soluciones al final del proceso interpretativo.

El voto de la mayoría se concentró en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361 **(20)** que propuso reinsertar una regla que era parte del texto original de la ley 24.240, que disponía que "las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley gozarán de beneficio de justicia gratuita", pero había sido vetada por el Poder Ejecutivo **(21)**. Los camaristas consideraron que, durante el debate ante la Cámara de Senadores, se entendía "beneficio de justicia gratuita" como sinónimo del BLSG y que la distinción entre esos conceptos en la LDC solo obedeció a que la tasa de justicia es un tributo local y, por respeto a autonomías provinciales, su exención no podía estar contenida en una ley de fondo. Luego, esa asimilación implicaba que el beneficio de justicia gratuita debía tener el mismo alcance que el BLSG y, por lo tanto, alcanzaba a las costas.

Un voto de la minoría hizo eco de los fundamentos del proyecto de reforma de la ley 24.240 presentado en la Cámara de Diputados en el 2006 (Proyecto de Ley 1061-D-06) en los que se indicó que "[t]odo ello en el entendimiento de que se coadyuva a garantizar así el acceso de los consumidores a la Justicia, sin que su situación patrimonial desfavorable sea un obstáculo. En otro orden, y con el mismo objetivo, se obliga a los jueces a ponderar la proporcionalidad entre monto y costos del juicio y situación patrimonial de las partes, al imponer las costas, una ma-

(17) ZULETA PUCEIRO, Enrique, "Interpretación...", ob. cit., p. 65.

(18) Por ejemplo, en el voto del doctor Pablo Heredia se argumenta que "[d]ado que el legislador no ha explicitado clara y concretamente qué se entiende por 'beneficio de justicia gratuita', forzoso es aceptar que el juez se enfrenta a un concepto jurídico indeterminado cuyo alcance debe definir. A ese fin y puesto que las palabras —como primera fuente para la interpretación— no aportan una idea nítida, parece adecuado ponderar las finalidades tenidas en cuenta por el legislador...", p. 150.

(19) MAIRAL, Héctor A., "Derecho y Política: El Caso de los Contratos Petroleros", Anales de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas, vol. XLVI, 2019, ps. 5/24.

(20) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, ps. 6/8.

(21) Art. 8 del dto. 2089/1993, BO 15/10/1993.

nera de remover una de las causas que a veces desalientan a los consumidores a litigar no obstante saberse con derecho a hacerlo" **(22)**. Pero no repararon en que allí el "beneficio de justicia gratuita" no alcanzaría a la imposición de costas porque para ello se pretendía fijar la regla la de proporcionalidad entre el monto y la situación de las partes.

Por su parte, la minoría también consideró a la intención del legislador, pero en sentido opuesto. Así, afirmaron que "si bien existieron posiciones que pretendieron equiparar el 'beneficio de justicia gratuita' al BLSG, los senadores finalmente decidieron seguir la propuesta *consistente en fijar legislativamente solo el principio de gratuidad"* **(23)**. Interpretaron entonces que el fin buscado por el legislador fue consagrar el acceso gratuito a la justicia para el consumidor, sin gastos de ninguna naturaleza y sin restricciones económicas que *le impidan u obstaculicen accionar por el reconocimiento de sus derechos*, pero que no estuvo entre sus objetivos eliminar la responsabilidad por las costas frente a un resultado adverso de su pretensión.

Hubo cierta coincidencia en los argumentos de ambas posiciones en cuanto a que se buscó incentivar el litigio de consumo como herramienta de corrección del mercado mediante la eliminación de las barreras económicas. Sin embargo, no hubo una explícita intención del legislador de eximir el pago de costas en los juicios, lo cual hubiese dado mayor fuerza al voto de una u otra posición.

Parecería entonces que la exención del pago de la tasa de justicia (que ninguna de las dos posiciones discute) afecta más a las autonomías provinciales que al eventual pago de las costas. Además, el artículo establece otras reglas procesales en su primera parte **(24)** y, en los hechos, importa un avance sobre las normas procesales locales. Con esto advertimos que las consecuencias de la regla de derecho en análisis son diametralmente opuestas a los motivos por los cuales se eligió el texto ambiguo propuesto.

III.3. Argumento sistémico

Hubo coincidencia entre los vocales de la Cámara en que el "beneficio de justicia gratuita" debe ser entendido a la luz del derecho del consumo, que tiene rango constitucional (art. 42 de la CN) y está regulado principalmente por la LDC y el Cód. Civ. y Com. El fin buscado fue facilitar el acceso a la justicia de los consumidores mediante la eliminación de las barreras económicas y ese propósito se tiene en cuenta desde los comienzos de la protección del consumidor **(25)**. Sin embargo, no está claro a qué barreras se refiere el art. 53 de la LDC.

El voto de la mayoría entendió que el beneficio supone la gratuidad de todo el proceso, ya que la finalidad de la LDC y los principios y valores jurídicos que inspiran a toda la normativa de defensa del consumidor justifica su concesión automática por la presunción *iuris tantum* a favor del consumidor por carecer de los recursos necesarios para hacer frente a un pleito contra un proveedor **(26)**. Esa concesión automática se diferencia del BLSG donde se requiere para su otorgamiento la demostración de pobreza del demandante. Sostuvieron que esa interpretación es coincidente con la desarrollada en el Anteproyecto de reforma de la Ley de Defensa del Consumidor **(27)** (que además elimina el incidente de solvencia) y es similar a la solución del Código Procesal de la Justicia en las

(22) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 3.

(23) Voto de los doctores Héctor O. Chomer, Alfredo A. Kölliker Frers y María Elsa Uzal al cual adhirió el doctor Miguel F. Bargalló, p. 125.

(24) Tales como el tipo de proceso aplicable, la forma de acreditar la representación en juicio y el deber de colaboración probatoria.

(25) La Asamblea Consultiva del Consejo de Europa emitió la res. 543/1973 que fue el primer documento que reconoció derechos a los consumidores y hablaba de la eliminación de las barreras para instar reclamos de consumo. (HODGENS, Peter, "Consumer Protection in the Council of Europe", en LANDHEER, B. (dir.), Annuaire Européen / European Year Book, Springer, Dordrecht, 1974; BRETAL VÁZQUEZ, José M., "La actividad del Consejo de Europa en el ámbito de la protección del consumidor", Revista de administración pública, nro. 90, 1979, ps. 327/352).

(26) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 99.

(27) Que luego se convirtió en el Proyecto de Ley S-2576/19 al ser presentado en el Senado de la Nación.

Relaciones de Consumo de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires **(28)**.

Por otro lado, sostuvieron que el alcance del "beneficio de justicia gratuita" se inserta en el más extenso marco constitucional y convencional. Y mencionaron que la Corte Interamericana de Derechos Humanos interpreta los derechos civiles y políticos, y los económicos, sociales y culturales como parte de los derechos humanos. Por ello, dijeron que, si no se brinda una justicia gratuita a los consumidores, se estarían violando los arts. 8° y 25, inc. 1 de la Convención Americana de Derechos Humanos, ya que se pondrían trabas a las personas que deban acudir a los tribunales, se violaría la idoneidad y efectividad del recurso judicial. Añadieron que no sería adecuada en este aspecto una protección que se reduzca a permitir el acceso a la justicia sin trabas económicas, pero que se desentiende de las vicisitudes de idéntica naturaleza que puedan suceder en la tramitación del proceso. Con ello, justificaron que la ilimitada gratuidad del proceso promovido por el consumidor se debe regir, entonces, por el principio constitucional y convencional de la tutela judicial efectiva. Este argumento no tiene en cuenta si una interpretación más restringida realmente vulnera o no la tutela judicial efectiva, claro está, porque no se conoce si el eventual pago de las costas es una limitación que tienen en cuenta o no los consumidores a la hora de iniciar sus reclamos. Tampoco considera si el efecto de permitir esta práctica tiene otros efectos negativos sobre el mercado que terminan afectando en mayor medida a quienes se pretende proteger.

La minoría contraargumentó este punto, con acierto, aclarando que "la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expresado que cualquier norma o medida [de] orden interno que imponga costos o dificulte de cualquier otra manera el acceso de los individuos a los tribunales, y que no esté justificada por las razonables necesidades de la propia administración de justicia, debe entenderse contraria al art. 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos" **(29)**, entendiendo que la imposición de costas es razonable.

También agregaron quienes representan a la mayoría que el derecho del consumidor tiene autonomía, en el sentido de que es un estatuto protectorio de personas vulnerables que se aparta de la igualdad general basada en la noción de "ciudadano". Ello justifica una solución especial, diferenciada de la norma genérica del Código Procesal e incluso distinta de la que se hubiera adoptado para otros grupos vulnerables, como podría ser el caso de los trabajadores (que luego retoma la minoría).

Por su parte, la minoría sostuvo que, el derecho laboral —que también es un ordenamiento regido por el principio tuitivo de la parte más débil y con fuerte impronta de los derechos protectorios de enorme alcance social— brinda pautas precisas al respecto. En efecto, el art. 20 de la Ley de Ley 20.744 de Contrato de Trabajo **(30)** (LCT) determina que el trabajador gozará del "beneficio de la gratuidad" y, por ello, estará exento del pago de la tasa de justicia, pero ello no implica una "gratuidad absoluta", ya que, si el trabajador resultara perdidoso, abonará las costas. Es decir, el sistema laboral elimina las trabas para el acceso a la justicia —gastos de iniciación y de tramitación—, pero no otorga una licencia para evitar eventualmente el pago de los honorarios y costas, pues quedará sujeto al régimen general de costas. Argumentaron, entonces, que debe repararse en que la protección del trabajador y del consumidor involucra las interacciones entre los particulares, consagrada —en ambos casos— con jerarquía constitucional (el primero, incorporado a la CN mediante el art. 14 bis, en 1957 y el segundo, por el art. 42, en 1994). En consecuencia, no resultaría equitativo conceder una mayor protección al consumidor que al trabajador sin afectar el principio de igualdad (conf. art. 16 de la CN), especialmente si se considera que el trabajador normalmente reclama rubros de naturaleza alimentaria.

La mayoría interpretó que, según el art. 20 de la LCT, el trabajador goza del "beneficio de gratuidad" en los procedimientos judiciales la-

(28) Ley 6407 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, BO de la CABA 19/03/2021.

(29) Voto del doctor Pablo Heredia al cual adhieren doctores Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto, p. 152.

(30) BO 27/09/1974.

borales por el mero hecho de ser una persona humana. Entonces, si el consumidor —promotor de la acción judicial— es una persona humana, no hay razón para otorgarle un "beneficio de gratuidad" con un alcance más amplio que el contemplado para el trabajador **(31)**. Al respecto, ambos institutos se orientan hacia un mismo fin, que es eliminar los obstáculos económicos que dificulten la protección jurisdiccional, pero el alcance de la gratuidad del art. 20 citado se refiere exclusivamente al pago de la tasa de justicia.

El problema está dado porque se eligió un concepto jurídico indeterminado. Así, cualquiera de sus posibles interpretaciones sistémicas puede acomodarse con coherencia en nuestro derecho, y ninguna de esas interpretaciones excluye a la posición contraria. La mayoría no parece haber ofrecido una respuesta a la disímil situación de los trabajadores y los consumidores que identificó la minoría. En cualquier caso, nos parece que este tipo de argumento no es suficiente por sí solo para arribar a una solución interpretativa final.

III.4. Argumento de acceso a la justicia

Con el avenimiento del derecho de consumo se facilitó el inicio de los reclamos por daños a los consumidores y se esclarecieron cuáles eran los contornos que permitían iniciar los reclamos. Existe la idea subyacente de que más reclamos mejoran la oferta de productos **(32)**. Los incentivos financieros, tales como la asignación de costos del proceso —como ya dijimos—, pueden influir en el comportamiento de los litigantes. Lo que ocurre con el argumento de ambas posiciones en este punto es que ninguna tiene certeza sobre el grado de afectación del pago de las costas del proceso en los consumidores ni evalúan las posibles consecuencias adversas de la solución propuesta.

La mayoría consideró que si el consumidor tiene incertidumbre sobre los costos del litigio es probable que no litigue, a pesar de haber sufrido un daño injusto (y, agregamos, a pesar también de la existencia del BLSG). Consideraron incluso que, en el ámbito colectivo, esto se veía profundizado y podía ser un freno para que las asociaciones de consumidores ejercitasen sus funciones. En consecuencia, la disquisición entre beneficio de justicia gratuita y BLSG atentaría, para la posición amplia, contra el mandato constitucional de eficacia por cuanto frena la decisión de demandar de parte de quien debe instar la acción. Sostuvieron asimismo que quienes pretenden limitar el alcance del beneficio se desentienden de la problemática que implica el efectivo acceso a la justicia.

En un voto de la mayoría se dijo que el Estado debe procurar una igualdad real mediante la superación de concretas desigualdades en las situaciones jurídicas de los sujetos **(33)**. Para tal fin, es necesario dar al consumidor la posibilidad de obtener el "beneficio de una justicia gratuita", partiendo desde la disparidad que existe entre proveedores y consumidores, que coloca al consumidor en una situación de debilidad estructural. No queremos dejar de mencionar en este punto, que la debilidad estructural que se identificó con el advenimiento del derecho de consumo parece, en principio, válida si analizamos la relación individual entre un consumidor y un proveedor. Sin embargo, no es tan clara si consideramos la posición de un proveedor respecto del colectivo de consumidores (que incluye tanto a los que contratan con ese proveedor como a los que eligen no hacerlo). Si bien es cierto que los consumidores podrían tener problemas de representación, esto no les quita su evidente poder de mercado como colectivo.

Por otro lado, la mayoría agregó que no se ha verificado, en la práctica y conforme a la experiencia en la labor de los firmantes, que el acceso gratuito a la justicia —y la eximición de costas procesales— hubiera generado un aumento de reclamos injustificados, como auguraba cierta

(31) Voto del doctor Pablo Heredia al cual adhieren doctores Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto, p. 161.

(32) El Dr. Lorenzetti abogó por más cantidad de litigios de consumo para lograr lo que llamó una "ética de los vulnerables" en su discurso de apertura de las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, llevadas a cabo los días 26, 27 y 28 de septiembre de 2019 en Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Universidad Nacional del Litoral.

(33) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 64.

doctrina y el primigenio veto presidencial **(34)**. El mero hecho de considerar que el "beneficio de la justicia gratuita" reconocido a los consumidores conduciría a un aumento de la litigiosidad, y al inicio de demandas sin posibilidad de éxito, implica —entre otros posicionamientos— desconocer o negar que el no inicio de causas no determina la inexistencia de daños, sobre todo cuando en materia de consumo estos tienden a ser colectivos. Nos parece que hay un acierto de la minoría en este punto, ya que el hecho de que no se inicien causas no determina la falta de daños, porque el reclamo podría haberse reencausado por vía administrativa, por el servicio posventa o atención al consumidor de parte del proveedor.

Sin embargo, con la misma lógica aplicada por la minoría se puede afirmar que tampoco se ha verificado lo contrario, es decir que no hayan aumentado los reclamos injustificados. No hay evidentes elementos de juicio que permitan a los vocales asegurar una u otra cosa, ni mucho menos justificarlo en su experiencia basada en los reclamos en los que intervinieron (máxime en tanto ellos mismos sugieren que los reclamos que llegan a los tribunales no reflejan fielmente el comportamiento del mercado). Así, vemos que, de encontrarse un estudio de campo que, con la metodología de investigación adecuada, identifique el efecto que tiene la posible condena en costas en la toma de decisión de los consumidores a la hora de instar o no sus reclamos, sería un argumento determinante para modificar la doctrina legal del fallo en comentario.

Luego la mayoría profundizó el análisis del acceso a la justicia ponderando el eventual efecto del BLSG. Al respecto dijeron que, si la parte carente de recursos estuviera obligada a iniciar un incidente de BLSG para eximirse de pago de costas, se enfrentaría a un nuevo proceso con producción de prueba, intervención del Representante del Fisco, impugnaciones, etc., en suma, a una cantidad de recaudos hasta el dictado de una sentencia, que desvirtuaría los principios tutelares que inspiraron la ley **(35)**. Consideramos que este argumento se sostiene solo como una hipótesis porque no hay elemento alguno que permita aseverar que un consumidor con pocos recursos, pero que sabe de la existencia del BLSG, no iniciará un reclamo por un daño injusto en el marco de una relación de consumo.

La minoría, por su parte, sostuvo que imponer las costas a la parte vencida, aun en caso de que sea un consumidor, no supondría una limitación al acceso a la justicia ni al derecho a la tutela judicial efectiva. Ello en el entendimiento de que la finalidad y justificación de la imposición de costas tiene como objetivo evitar una excesiva litigiosidad. La posibilidad de ser condenado en costas, alegaron, es un riesgo que todo potencial litigante debe ponderar antes de instar el pleito, por lo que deberá abstenerse de promover las acciones judiciales temerarias, de mala fe o infundadas **(36)**.

Agregaron, además, que no existe equilibrio si el régimen procesal de las costas se aplica solamente a la parte actora y no a la demandada para su defensa. El "beneficio de justicia gratuita" solo a favor del consumidor lleva al demandado vencedor a asumir los costos económicos de su propia victoria, y se afecta, así, el principio de la indemnidad en la tutela y los derechos constitucionales de igualdad ante la ley y propiedad. Consideraron que, si bien la intención de la ley es proteger los derechos de los consumidores, ello en ningún modo puede importar el atropello de los derechos de las demás partes involucradas en la relación de consumo, también reconocidos por la Carta Magna **(37)**. Dijeron que la tasa de justicia es distinta de las demás costas del proceso, muy especialmente, en relación con los honorarios de los profesionales de la contraparte, los peritos y auxiliares de la justicia, cuando el consumidor, que ha litigado sin derecho, resulta perdidoso y es condenado en costas. Agregaron que la situación descripta ocasiona un claro conflicto entre el derecho del peticionante, que es consumidor, pero no por ello necesariamente carece de recursos econó-

(34) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 17.

(35) Voto de los doctores Matilde Ballerini, María L. Gómez A. de Díaz Cordero, Julia M. Villanueva y Alejandra N. Tevez, p. 13.

(36) Voto del doctor Pablo Heredia al cual adhieren doctores Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto, p. 154.

(37) Voto de los doctores Héctor O. Chomer, Alfredo A. Kölliker Frers y María Elsa Uzal al cual adhirió el doctor Miguel F. Bargalló, p. 132.

micos y los derechos legítimos —también constitucionalmente amparados— de los letrados y peritos, que, con toda justicia, quieren que su labor judicial sea remunerada (la cual también tiene carácter alimentario). Asimismo, remarcaron el enfrentamiento de los derechos del consumidor con los de su contraparte, quien, siendo ganadora y no habiendo sido condenada en costas, debería de todos modos pagarlas, con una clara afectación de su legítimo derecho de propiedad.

Finalmente, advirtieron que la eximición que se otorgue sobre costas a cualquiera de los reclamos judiciales de los consumidores o asociaciones de consumidores, es correlativa con el mayor sacrificio que deberían soportar esos otros sujetos, entre los que podrían hallarse algunos que detenten privilegios fundados en el carácter alimentario de sus créditos o que pertenezcan también a alguno de los demás grupos vulnerables a los que la CN y los tratados internacionales otorgan protección preferente.

En este punto nos parece que las soluciones que ofrecen ambas partes pueden ser válidas, pero no parecen estar sustentadas en evidencia. No hay elementos de juicio que permitan identificar el grado de incidencia que tiene la posibilidad de abonar las costas en la decisión de iniciar o no los reclamos. La falta de ese tipo de estudio de campo relativiza el peso de los argumentos de ambas partes.

III.5. Argumento de autoridad

El argumento de autoridad es aquel en el que se aboga por determinada interpretación con base en lo que han dejado sentado ciertos emisores, a los que se consideran voces autorizadas. En el plenario comentado, este argumento resultó ineludible dada la contemporaneidad del fallo "ADDUC" de la CSJN. A esta altura, no sorprenderá que, ante un mismo fallo, los vocales hayan interpretado de modo diverso su alcance y relevancia para el caso.

La mayoría consideró que, aunque las sentencias no sean obligatorias salvo para el caso en el que son dictadas, por obligación moral o economía procesal, los jueces inferiores tienen el deber moral de adecuar sus pronunciamientos en casos análogos a los criterios de la CSJN. Más aún, como dijimos, dos vocales de la Sala E tuvieron presente que la CSJN había tenido intención de decidir la cuestión de modo definitivo con lo que debía seguirse su criterio para evitar un dispendio jurisdiccional innecesario.

A su turno, los votos de la minoría recordaron que los fallos de la CSJN carecen de fuerza general legalmente vinculante. Explicaron que, el que tuvieran importancia institucional no significaba privar a los jueces inferiores de aplicar su propio criterio. Para reforzar el punto, un voto de la minoría explicó que, en verdad, la CSJN no había decidido sobre la materia sujeta a plenario **(38)** porque tal materia no era si podían o no imponerse costas al consumidor en estos procesos, sino si, una vez reguladas las costas al consumidor, este debía o no abonarlas. Con ese argumento se pretendió mitigar el carácter vinculante (moral) del fallo de la CSJN.

Además, puntualizaron que los fundamentos del fallo "ADDUC" no son incontrovertibles porque el Máximo Tribunal no siempre tuvo un criterio uniforme sobre el alcance del "beneficio de justicia gratuita" previsto en el art. 55 de la LDC. Agregaron que, en ese fallo, en el cual coincidieron los vocales, los argumentos se sostuvieron con el debate parlamentario que no se refiere "expresa o explícitamente, ni una vez, a las costas o expensas en el caso de vencimiento, por lo que una interpretación posible es que lo único debatido por aquellos fue estrictamente lo relacionado a los gastos o costos de ingreso al proceso, no lo derivados de su pérdida" **(39)**.

Nos parece acertado seguir a la jurisprudencia de la CSJN y con ello ofrecer una guía segura para decidir nuestras conductas **(40)**. En este punto, entendemos que la Corte fue clara al interpretar el alcance del "beneficio de justicia gratuita" en el sentido amplio, pero como elemento para no imponer las costas al consumidor. Esto no es lo mismo, como dijimos, que la solución propuesta por la mayoría, que resuelve que el consumidor puede ser condenado en

(38) Voto de los doctores, Alfredo A. Kölliker Frers y María Elsa Uzal al cual adhirió el doctor Miguel F. Bargalló, p. 139.

(39) Voto del doctor Pablo Heredia al cual adhieren doctores Gerardo G. Vassallo y Juan R. Garibotto, p. 191.

(40) Ver al respecto, CAPPAGLI, Alberto C., "Precedentes judiciales e incertidumbre", LA LEY, 2017-D, 1, 18/07/2017. Cita Online: AR/DOC/1862/2017.

costas, pero está exento de abonarlas. En cualquier caso, nos parece que, de identificarse el efecto de la eventual condena en costas con el referido estudio de campo, se podría modificar también la solución propuesta por el Máximo Tribunal.

III.6. Argumento "republicano"

Un voto de la minoría sostuvo que no es facultad del Poder Judicial de la Nación sustituir al legislador a la hora de decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores **(41)**. En virtud del principio de separación de poderes, no sería competencia de los jueces precisar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica. Tampoco compete a los tribunales juzgar el acierto o conveniencia del medio arbitrado por los otros poderes, en el ámbito propio de sus atribuciones, para alcanzar el fin propuesto.

Con este argumento, se pretendió dar el mensaje de que se debe limitar el rol de los jueces con base en la división de poderes. Desde nuestra perspectiva, esto es correcto, pero a la vez no advertimos que puede gravitar de forma relevante en la solución del caso, porque hay una ambigüedad en el texto de la ley que justifica un esfuerzo interpretativo más amplio que el hecho de regular.

IV. Conclusión

Del análisis del fallo resulta claro que tanto la posición mayoritaria como la minoritaria proponen justificaciones válidas y que, además, hubo una ajustada definición en la materia. Ninguno de los argumentos desarrollados en el plenario parece irrebatible, por lo que parecería que el texto de la ley merece una modificación más que una interpretación uniforme.

Esa modificación debería ser realizada sobre la base de estudios de campo que identifiquen cuál es la solución más eficiente en los términos aquí pregonados. El hecho de haberse llegado al punto de dictar un fallo plenario sobre el art. 53 de la LDC, que tuvo una amplia discusión parlamentaria en el Congreso de la Nación y que había recibido el veto presidencial en su primera versión **(42)**, es la prueba cabal de que la técnica legislativa utilizada en la redacción resultó deficiente. La falta de acuerdo de los legisladores en esa oportunidad, además de promover la inseguridad jurídica, generó un dispendio jurisdiccional por parte del Poder Judicial de la Nación y de los consumidores que se pretendía proteger con esta regla de derecho.

En definitiva, a pesar del texto propuesto en el art. 53 de la LDC, el servicio de justicia no es gratuito y su costo, de una forma u otra, inevitablemente recae en los consumidores (mediante el pago de impuestos, tasas o finalmente el precio de los bienes). El efecto de la solución propuesta por la mayoría de la Cámara implica, en última instancia, que el costo de los honorarios de los abogados y peritos que intervengan en los juicios de consumo serán distribuido *ex ante* entre todos aquellos consumidores que paguen los bienes (y no solo por aquellos que litiguen sin razón).

Estamos ante una política que, entre otras cosas, produce lo que en economía se conoce como una externalidad negativa **(43)**. Las externalidades son los costos que recaen en terceras partes, positivas o negativas, dependiendo del efecto que generen. En el supuesto de los honorarios de los abogados que representan a los proveedores en los juicios en los que se debata una relación de consumo, la externalidad negativa se resuelve con un subsidio cruzado **(44)**: pagarán los honorarios tanto quienes litiguen sin razón como quienes no lo hagan.

Vale decir que muchos consumidores se benefician con el resultado de los litigios de consumo (al modo de una externalidad positiva), pero ese escenario no corresponde a este supuesto porque esta doctrina legal solo opera para los reclamos en los cuales los consumidores resulten vencidos y sean condenados en costas. En términos simples, lo que ocurrirá es que los proveedores trasladarán al precio de sus bienes el

(41) Voto del doctor Miguel F. Bargalló.

(42) Dto. 2089/1993, BO 15/10/1993.

(43) ROJAS, Ricardo M., SCHENONE, Osvaldo y STORDEUR, Eduardo, "Nociones de análisis económico del derecho privado", Guatemala, 2012, ps. 43/48.

(44) FAULHABER, Gerald R., "Cross-Subsidization: Pricing in Public Enterprises", The American Economic Review, vol. 65, nro. 5, diciembre de 1975, ps. 966/977.

costo de los litigios de consumo que se inicien sin razón o por malos litigantes.

Veamos el ejemplo del fallo "ADDUC" resuelto por la CSJN, allí tres asociaciones de defensa del consumidor (Consumidores Libres Cooperativa Limitada de Provisión de Servicios de Acción Comunitaria, Unión de Usuarios y Consumidores y Asociación de Defensa de Derechos de Usuarios y Consumidores —ADDUC—) intervinieron como parte actora de un proceso colectivo que caducó por falta de actividad procesal y se llegó a la instancia extraordinaria para evitar que se les impongan las costas del proceso. En definitiva, los consumidores del demandado cargarán con el costo de ese litigio en vez de que lo hagan las asociaciones a las cuales les caducó el proceso **(45)**. Tal vez, algunos consumidores podrían preferir no subsidiar a las asociaciones de consumidores que dejan caducar los procesos y, con eso, pagar un menor precio por sus bienes. Para ese universo de consumidores, entre los cuales nos incluimos **(46)**, la interpretación de la Cámara y de la CSJN es contraria a sus intereses.

Desde los inicios del derecho del consumo **(47)** se pregonó que el colectivo de consumidores es el grupo más grande de la economía sin una organización efectiva, y desde la creación del derecho del consumo se propone una protección diferenciada emanada del Estado. El lógico problema de ello es que la mayoría de las veces el Estado no tiene la capacidad de identificar cuál es la política más eficiente (y muchas veces ni la administración sigue un criterio de eficiencia preestablecido). En ese sentido, podría ocurrir que, aunque la interpretación de la ley sea técnicamente correcta, la regla de derecho no sea la más adecuada.

En definitiva, si bien el plenario ha traído luz al concepto nos parece que falta andar el camino para lograr un balance eficiente que posibilite que los consumidores inicien un reclamo justo, pero sin permitir que los oportunistas proliferen con sus infundados reclamos en detrimento de todos. La posibilidad de litigar sin tener que enfrentar las costas de un proceso puede generar un efecto indeseado porque elimina el incentivo a ser responsable o, lo que es lo mismo, no castiga la irresponsabilidad.

---

(45) Decimos que cargarán con el costo, porque es lo que seguramente ocurrirá, en el corto o mediano plazo. Aun tratándose de un servicio público que puede tener tarifas controladas, el costo de este tipo de litigios se trasladará al precio. Aclaramos que nos referimos al precio como el valor que un consumidor está dispuesto a pagar por un bien y es independiente de los costos de producción del bien en cuestión. Para los servicios públicos preferimos hablar de tarifa porque en muchos casos el consumidor no tiene la posibilidad de elegir o no pagar. Sin embargo, cualquier proveedor no va a asumir una pérdida porque, por cualquier razón, se incrementó el costo del bien. En cambio, podría ofrecer el bien a un precio mayor, reducir la inversión o buscar alternativas. Cuanto mayor sea el grado de sofisticación del proveedor mayores serán las herramientas para realizar ese tipo de cambio.

(46) Coincidimos al respecto con la expresión del expresidente de los Estados Unidos de América, John F. Kennedy, que "por definición todos somos consumidores". ("Special Message to the Congress on Protecting the Consumer Interest", 15/03/1962. La transcripción completa del discurso puede encontrarse en la página web de The American Presidency Project. https://www.presidency.ucsb.edu/documents/special-message-the-congress-protecting-the-consumer-interest; 7/2/2022).

(47) El comienzo de la discusión acerca del derecho del consumo suele ubicarse en la década de 1960, cuando se sancionó en el Reino Unido la *Consumer Protection Act* (1961), que regulaba de modo general la seguridad de los productos. Sin embargo, la creación de esa ley estuvo influenciada por la tarea que, ya desde 1955, venía realizando el *Consumer Advisory Committee* en la elaboración de estándares de calidad de los bienes de consumo, la educación de los consumidores y su asesoramiento para el inicio de reclamos cuando sufrieran daños (Debate parlamentario de la Cámara de los Comunes del Reino Unido del 20/05/1963, en el cual se refieren a la Consumer Protection Act de 1961, https://api.parliament.uk/historic-hansard/commons/1963/may/20/consumer-protection#S5CV0678P0_19630520_HOC_205, 7/2/2022).

Naturaleza y extensión del beneficio de justicia gratuita en procesos individuales de consumo

Franco Raschetti (*)

Sumario: I. Exordio.— II. La distribución de competencias para legislar sobre el instituto.— III. Naturaleza del beneficio: autonomía y operatividad.— IV. El pronunciamiento de la Corte Nacional en "ADDUC".— V. Apreciaciones sobre la eventual vulneración a la garantía constitucional de la igualdad.— VI. A modo de colofón.

"Llévenme solo hasta la puerta. Allí me sentaré un momento y me recobraré de esta debilidad".

Franz KAFKA, *El proceso*, Agebe, Buenos Aires, 2010, p. 60.

I. Exordio

Abordaremos en este trabajo el estudio del plenario "Hambo" **(1)** de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial sobre la extensión del beneficio de justicia gratuita del art. 53 de la ley 24.240.

Es dable recordar que el beneficio de la justicia gratuita fue incorporado en la Ley de Defensa del Consumidor —en adelante LDC—, mediante la reforma de esta por la ley 26.361 del año 2008 **(2)**. En dos pasajes de la norma se contempló este beneficio, a saber: a) su art. 26 sustituyó el texto del art. 53 de la ley 24.240 conformándolo, *in fine*, del siguiente modo: "...Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita. La parte demandada podrá acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio"; b) por medio de su art. 28 se reformó el art. 55 de la ley 24.240, el cual, in fine, reza: "...Las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva cuentan con el beneficio de justicia gratuita".

La cuestión a resolver en el plenario se planteó como: "¿El 'beneficio de justicia gratuita' que dispone el art. 53 de la ley 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente?" y, sabido es, esta no resulta en modo alguno sencilla de contestar ameritando tanto en el fuero nacional como en los provinciales múltiples respuestas que no reconocen un criterio uniforme lo que justifica la convocatoria a la unificación de criterio del cuerpo.

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

(1) CNCom., en pleno, "Hambo, Débora Raquel c. CMR Falabella SA s/ sumarísimo", 21/12/2021, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/199174/2021.

(2) Que ha "surcado a la doctrina y a la jurisprudencia" (JUNYENT BAS, Francisco - DEL CERRO, Candelaria, "Aspectos procesales en la Ley de Defensa del Consumidor", LA LEY, 2010-C, 1281, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/4624/2010).

Esta complejidad también se pone de manifiesto en el desarrollo mismo del plenario que se desgrana en muy fundados votos y posiciones y que culmina fijando como doctrina legal —por escaso margen de mayoría **(3)**— que "[e]l beneficio de justicia gratuita que dispone el art. 53 de la ley 24.240, además de los gastos, sellados u otros cargos inherentes a la promoción de la demanda, exime al consumidor del pago de las costas del proceso si fuera condenado a satisfacerlas total o parcialmente".

Lejos de pretender agotar tan compleja temática, hemos seleccionado algunos aspectos de esta que, a nuestro criterio, son basales y cuya dilucidación reviste de trascendencia para sortear la problemática interpretativa que rodea al beneficio de justicia gratuita del art. 53, LDC. Así, pondremos el foco primero en la distribución de competencias para legislar sobre el instituto, de donde se bifurcan dos temas adicionales tales como la factibilidad de introducir normativa de cariz procesal en una ley de fondo y la facultad de las provincias en materia tributaria, particularmente sobre la tasa de justicia. Luego, viraremos el análisis a la naturaleza y extensión del beneficio propiamente dicho, desbrozando especialmente dos características polémicas que posee, como son su operatividad y automaticidad. Traeremos también a colación los precedentes de la Corte Nacional sobre el art. 55 de la LDC para discernir si corresponde o no trazar diferencias entre la gratuidad del proceso colectivo (art. 55, LDC) de la del proceso individual (art. 53, LDC). Finalmente, escrutaremos la eventual afectación a la garantía constitucional de la igualdad que —se denuncia— deriva de la lectura amplia del instituto de justicia gratuita.

Parafraseando entonces, las palabras del Sr. K. en el cap. III de la obra de Kafka, podemos inquirirnos hasta qué punto debe "acompañarse" al consumidor en tren de "recobrarse de su debilidad" mediante el beneficio de justicia gratuita, esto es, si debe circunscribirse a este a la "puerta del proceso" o si, por el contrario, dicha interpretación debe ser de una amplitud sensiblemente mayor.

II. La distribución de competencias para legislar sobre el instituto

II.1. Normativa procesal y normativa de fondo

Un primer aspecto para analizar nos parece que reposa en la consolidación del entendimiento que desecha la inconstitucionalidad *in genere* del beneficio derivada de su reconocimiento legal en una ley nacional. Es que, a poco que se leen los arts. 53 y 55, LDC surge con claridad —a pesar de sus lacónicas referencias— que trasunta una norma de tinte procesal inserta en una ley emanada del Congreso Nacional lo que podría resultar reñido con la distribución de competencias entre la Nación y las Provincias, especialmente dispuesta en los arts. 75, inc. 12 y 121 de nuestra Carta Magna.

Nos parece importante asentar estas precisiones porque, en el año 1993, el texto original del art. 53 sufrió el veto por el Poder Ejecutivo mediante dec. 2089/1993, en tanto se consideró en su art. 8° que "el beneficio de litigar sin gastos, o carta de pobreza, se encuentra regulado en forma específica por las leyes provinciales locales y torna innecesaria la previsión del art. 53, la que por otra parte podría alentar la proliferación de acciones judiciales injustificadas", de modo que se impone alguna reflexión al respecto por haber signado dicha duda competencial, desde su origen, al beneficio de justicia gratuita.

En primer lugar, no debemos perder de vista que aquí entran a tallar principios fundamentales como el acceso a la justicia, de raigambre constitucional —derivada del debido proceso del art. 18 de la Constitucional Nacional y del preámbulo que manda a "afianzar la justicia"— y de los Tratados de Derechos Humanos —por caso, arts. 8° y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos— como así también un ámbito de tutela especial y de fuste constitucional como es de los consumidores y usuarios (art. 42, CN).

Luego, la Corte Suprema de Justicia de la Nación falló en precedentes tan antiguos como

(3) La mayoría estuvo conformada por los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva, Tevez, Monclá, Sala, Barreiro, Vásquez, Machin y Lucchelli. La minoría, por los Dres. Chomer, Kölliker Frers, Uzal, Heredia, Vasallo, Garibotto y Bargalló.

"Bernabé" **(4)**, "Netto" **(5)**, y "Pérez" **(6)** que, con el objetivo de asegurar la debida protección, efectividad, vigencia y ejercicio de los derechos fundamentales, la inclusión de institutos procesales en leyes nacionales o códigos de fondo era legítima, cuestión plenamente predicable respecto de la tutela de los derechos de los consumidores y usuarios. Abrevando en los precedentes citados, también se desprende de las causas "Santander" **(7)**, "Spinetto" **(8)** y "Turia" **(9)** que nada impide que se incluyan en las leyes de fondo medidas de forma razonablemente estimadas necesarias para el mejor ejercicio de los derechos que aquellas acuerdan.

Abonando a esta tesis, se ha defendido la constitucionalidad de las disposiciones procesales en normas de fondo siempre y cuando tengan en miras alcanzar la plena efectividad de los derechos sustanciales que se reconozcan en la normativa en cuestión pues que solo en tal supuesto, el legislador nacional se encontrará habilitado para dictar normas de tinte procesal **(10)**. Así, el poder de las provincias en materia procesal no es absoluto, pues no cabe desconocer las facultades del Congreso para dictar normas procesales con el fin de asegurar la eficacia de las instituciones reguladas por los códigos de fondo **(11)**. En otras palabras, la pertinencia de las normas procesales en normas de derecho común estará dada cuando ellas tienden a dar mayores garantías de cumplimiento a los contenidos normativos sustanciales **(12)**, siempre sujetas a un examen de razonabilidad.

El Cód. Civ. y Com. ha revalidado esta tendencia al contener dentro de su articulado una serie de principios y de reglas que dan cuenta de cómo aquel norte que parecía limitar su actuación al plano adjetivo **(13)**, se inmiscuye ya en cuestiones netamente procesales (v. gr., arts. 706, 1735, 1736, 2335 a 2362 relativos al "proceso sucesorio"). Lo propio ocurría con anterioridad en multiplicidad de leyes especiales como la ley de sociedades comerciales (19.550, art. 154) ley de Concursos y Quiebras (ley 24.522 arts. 3°, 21, 132, 164 entre muchas otros), la ley de Tarjetas de Crédito (ley 25.065, art. 52), la ley de Seguros (ley 17.418, art. 16, 118, 119 entre otros) o la propia ley de Defensa del Consumidor en otros pasajes (arts. 36, 45, 52).

Desde otro punto de vista, la Corte Nacional en "Edelar SA" **(14)**, remitiendo al dictamen de la Procuración General, falló que el carácter de orden público de la ley nacional de Protección al Consumidor no impide que las provincias e incluso las municipalidades, dentro de sus atribuciones naturales, dicten normas que tutelen los derechos de los usuarios y consumidores, en la medida que no los alteren, supriman o modifiquen en detrimento de los regulados en la norma nacional. Esta inteligencia consolida el carácter integrador de las normas de la LDC **(15)**.

Recuérdese también que el sistema federal importa asignación de competencias a las jurisdicciones federal y provincial, pero ello no implica, por cierto, subordinación de los estados particulares al gobierno central, pero sí coordinación de esfuerzos y funciones diri-

(4) CSJN, "Correa, Bernabé en autos con Barros, Mariano R.", 1923, Fallos 138:157.

(5) CSJN, "Netto, Ambrosio c. Empresa de los Ferrocarriles Argentinos de Entre Ríos", 1924, Fallos 141:254.

(6) CSJN, "Pérez, Joaquín c. Ferrocarril del Sud", 1925, Fallos 143:294.

(7) CSJN, "Santander, Silvano", 1962, Fallos 254:282.

(8) CSJN, "Spinetto, Luis Alberto c. Vincent, Miguel. Lanfranchi de Escala, Juana y otros c. Jaureguiberry, Luis Raúl", 1968, Fallos 271:36.

(9) CSJN, "Turia SACIAeI", 1977, Fallos 297:458.

(10) ARAZI, Roland, "Síntesis de las principales disposiciones procesales en el proyecto de Código Civil y Comercial", Revista de Derecho Procesal 2013-1: "Proyecto de Código Civil y Comercial: aspectos procesales", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, p. 48.

(11) SC, sala I, Mendoza, "Paz, Lidia c. Miranda, José", 08/07/1996, La Ley Cita Online: AR/JUR/681/1996.

(12) PALACIO DE CAEIRO, Silvia B., "El Código Civil y Comercial y el federalismo", LA LEY, 2015-C, 662, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1207/2015.

(13) MÉNDEZ ACOSTA, Segundo J., "El derecho de defensa en los procesos de consumo", SJA 2018-I, 82, Cita Online: TR LALEY AP/DOC/1091/2017.

(14) CSJN, "Edelar SA s/ inconstitucionalidad", 2007, Fallos 330:2081 del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo.

(15) FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", Astrea, Buenos Aires, 2004, 3ª ed., p. 26.

gidos al bien común general, tarea en la que ambos han de colaborar para la consecución eficaz de aquel fin **(16)** sin que ello ilustre un enfrentamiento de poderes, sino unión de ellos, en vista de metas comunes **(17)**.

A guisa de ejemplo, encontramos algunas referencias al tópico de este apartado en dos votos del plenario: en el consid. 19° del voto del Dr. Heredia, se utiliza el criterio aquí desarrollado, pero para justificar que el beneficio de justicia gratuita no exime al consumidor de abonar las costas judiciales ya que, en principio, el legislador nacional puede incursionar en el régimen de la responsabilidad por costas estableciendo los preceptos que considere apropiados, los cuales como se ha dicho podrían incluso apartarse del criterio de imposición al vencido, pero para que tal excepción pueda considerarse legislada, la expresión normativa no debe plantear dudas lo cual no ocurre en los arts. 53 y 55, LDC, de modo que no corresponde apartarse de la solución legislada en materia procesal.

También poniendo el foco en el fundamento competencial —aunque relativo a los poderes del Estado—, se lee en el voto del Dr. Bargalló que no es propio del Poder Judicial sustituir al legislador a la hora de decidir qué políticas públicas deben implementarse en materia de garantizar el acceso a la justicia de los consumidores, tratándose, por el contrario, de atribuciones propias de los demás poderes del Estado, a los cuales el judicial debe reconocer un amplio margen de discrecionalidad, por ser los órganos constitucionalmente habilitados para ello.

Más allá de las valoraciones apuntadas, el plenario en comentario no discurre esencialmente en la adecuación constitucional del beneficio de justicia gratuita de índole procesal en una ley de fondo, pero nos pareció oportuno traer a colación las reflexiones previas en tanto constituye un paso más, y muy importante, en la factibilidad de establecer otras instituciones instrumentales en leyes de derecho común que tiendan a plasmar de modo concreto la tutela efectiva de los consumidores pues, en definitiva, se trata aquí de propender, como destaca Stiglitz, a la eficacia de las medidas protectivas del consumidor que no solo dependen del reconocimiento de derechos, sino en igual medida y especialmente, de los medios adecuados y eficaces para ejercerlos **(18)**.

II.2. Las potestades tributarias de las provincias

Admitida entonces la factibilidad de hallar contenido procesal en la normativa de fondo según las condiciones expuestas en el acápite que antecede, otro cuestionamiento constitucional que se plantea con respecto al beneficio de justicia gratuita de los arts. 53 y 55 de la LDC radica en que, de comprender a las tasas y sellados definidas por las provincias como correlato de la prestación del servicio de justicia, pues está avanzando en cuestiones fiscales reservadas a la competencia provincial. Tal es la postura, por ejemplo, del TSJ cordobés **(19)**.

Vale recordar que existe en determinadas provincias normativa especial local que se aboca al tema de tasas judiciales, por ejemplo, en la provincia de Buenos Aires (art. 25, ley 13.133) o que fijan la gratuidad, pero del trámite administrativo ante la autoridad de aplicación local (art. 19, ley 10.247 de Córdoba y art. 4°, ley 8365 de Tucumán, ley 8973 de la provincia de Entre Ríos que, además, adhiere a la LDC). En otras se carece derechamente sobre toda normativa al respecto [v. gr., la provincia de Santa Fe **(20)**] o se reconoce expresamente en nor-

(16) CSJN, "YPF SA c. Provincia de Tierra del Fuego", 2009, Fallos 332:531.

(17) CSJN, "Edesur SA c. Dirección de Vialidad de la Provincia de Bs. As.", 2006, Fallos 329:2975, del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo.

(18) STIGLITZ, Gabriel, "Defensa de los consumidores de productos y servicios", La Rocca, Buenos Aires, 1994, p. 317 y ss.

(19) TSJ, sala Civ. y Com., Córdoba, "Banco Central de la República Argentina c. Appugliese, Miguelina y otros s/ ejecución hipotecaria", 10/12/2012, APC 2013-9, 1150, Cita Online: AR/JUR/82074/2012; TSJ, sala Civ. y Com., Córdoba, "First Trust of New York National Association c. Rojas del Giorgio de Alfei, Norma M.", 18/02/2013, Cita Online: TR LALEY AP/JUR/200/2013.

(20) En la Provincia de Santa Fe, se ha presentado un "Proyecto de Código provincial de implementación de los derechos de las consumidoras y los consumidores", elaborado por la Comisión Decreto 880/2021 en el marco del Programa "Santa Fe + Justicia" realizado por los Dres. Sozzo, Bianchi, Gueiler, Fabiano, Hernández y Quaglia, en cuyo art. 152 se prefija que "Las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en ra-

mativa local el beneficio de justicia gratuita pero no se define su extensión (art. 12, ley III-N° 2 de la Provincia de Misiones o el art. 12 de la ley 2268 de la provincia de Neuquén).

El estado de situación, entonces, es realmente variado en nuestro país, materia en la cual el plenario no se introduce —salvo en lo tocante a la distinción entre los institutos del beneficio de justicia gratuita y del beneficio de litigar sin gastos— y mal podría hacerlo cuando lo que está sometido a su estudio es el análisis de la normativa procesal aplicable al fuero como es el Cód. Proc. Civ. y Com. y no normativa provincial. De hecho, en materia de tasas se destaca que se trata de un "aspecto sobre el cual habrá de estarse a lo que dispongan las respectivas jurisdicciones" **(21)**.

Pero, asimismo, recordemos que la controversia sobre el contenido del beneficio de justicia gratuita no giraba, en la órbita de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, tanto sobre la inclusión de la tasa en este como de su extensión a las costas del proceso. Así, en un voto que se manifiesta por la negativa a esta posibilidad se barrunta que "en el caso del pago de la tasa de justicia, no existen dudas de que el legislador ha dispuesto que el consumidor debe estar eximido de su pago, puesto que se hallan en juego garantías constitucionales cuyo cumplimiento se encuentra en cabeza de quien debe percibir dicho arancel" **(22)**.

La llamada "tesis restrictiva" que entiende que el referido instituto solo dispensa al consumidor de los gastos judiciales, circunscripto al pago de tasas, sellados o gastos procesales iniciales, ya sostenida por algunas salas de la Cámara Nacional Comercial —por caso, las salas A **(23)**, D **(24)** y E **(25)** tanto en materia de proceso individual como colectivo— se halla contenida en la tesis amplia a la cual termina adscribiendo el cuerpo en el plenario, con la particularidad de que esta última no limita el contenido de la franquicia procesal a los gastos iniciales sino que lo extiende a las costas del juicio. Debido a esto, y por rondar el debate en torno a las costas procesales —según la propia convocatoria del plenario—, no se realizan precisiones de fuste sobre el tópico, reservando la decisión a las respectivas jurisdicciones.

III. Naturaleza del beneficio: autonomía y operatividad

Un aspecto central por el cual discurren los votos del plenario es si cabe o no trazar una identificación entre el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55 de la LDC) y el beneficio de litigar sin gastos (art. 78 y ss. del Cód. Proc. Civ. y Com.) verificándose una singular situación: en dos votos se pasa revista al debate parlamentario que precedió al dictado de la ley 26.361, en particular a las exposiciones de los senadores Naidenoff, Guinle, Escudero y Martínez, pero arribándose a dos lecturas diametralmente opuestas.

---

zón de un derecho o interés individual o colectivo gozan del beneficio de gratuidad. La gratuidad alcanzará a los sellados de ley, las contra cautelas, las costas judiciales; la gratuidad cesa en caso de litigación maliciosa. La parte demandada podrá por vía incidental que no suspenderá el curso de proceso, acreditar que tuviere bienes para abonar total o parcialmente las costas del proceso sin comprometer su existencia vital, a los fines de excluir al demandante de la regla de la gratuidad. La Administración General de Impuestos por su interés podrá hacerlo en los mismos términos", también extensible para los procesos colectivos (art. 173) sin la posibilidad de deducir el incidente de solvencia.

(21) Considerando 2° del voto de los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva y Tevez.

(22) Considerando 7° del voto de los Dres. Chomer, Kölliker Frers y Uzal, al cual adhiere el Dr. Bargalló.

(23) CNCom., sala A, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/su defensa c. Banco Itaú Argentina SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 17/02/2014, La Ley Cita Online: AR/JUR/5533/2014; CNCom., sala A, "Krieger, Walter Fernando c. Banco BBVA Argentina SA y otro s/ ordinario s/ incidente de apelación", 05/08/2020, Cita online: TR LALEY AR/JUR/33395/2020; CNCom., sala A, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores —ADUC— c. Banco Industrial s/ ordinario", 03/11/2020, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/53162/2020.

(24) CNCom., sala D, "ACYMA Asociación Civil por los Consumidores y el Medio Ambiente c. Lipea SA s/ Beneficio de litigar sin gastos", 13/06/2019, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/22913/2019; CNCom., sala D, "Della Sala, Mauricio Ángel y otro c. Caja de Seguros SA", 22/04/2010, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/21934/2010.

(25) CNCom., sala E, "Bredeston, Fernanda y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario", 29/10/2012, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/64625/2012; CNCom., sala E, "Acyma Asociación Civil c. Arife SA s/ sumarísimo", 30/06/2014, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/37287/2014.

En un primer término se colige que, "según el razonamiento de los legisladores el beneficio de justicia gratuita es sinónimo del beneficio de litigar sin gastos (...) interpretación que se funda en lo explicitado en el veto que el PE efectuó al originario art. 53" **(26)**. En cambio, también se lee: "Más allá de resultar evidente que si el legislador hubiera tenido voluntad de introducir en el articulado de la ley al beneficio de litigar sin gastos, ese y no otro distinto, hubiera sido el término utilizado (...), lo cierto es que el propio desarrollo del debate los refiere como dos institutos distintos" **(27)**. Incluso, en otro voto se valoran estas nociones de un modo crítico: "A la luz de lo anterior, la asimilación entre uno y otro instituto que puede leerse en los fundamentos del dec. 2089/1993 y en otros documentos, no pasan de constituir expresiones equívocas que no se sostienen frente a una indagación jurídica más detenida" **(28)**.

Entonces, ¿cuál es la naturaleza del beneficio de justicia gratuita? Nos permitimos ensayar una respuesta diversa, rechazando una asimilación entre el beneficio consumerista y la franquicia del Cód. Proc. Civ. y Com., pero adscribiendo a la llamada tesis "amplia" de aquel, a partir de su carácter de figura autónoma y de goce automático.

Decíamos, una asimilación total entre las nociones de "beneficio de justicia gratuita" y "beneficio de litigar sin gastos" no es viable. Es que notables diferencias surgen, desde lo técnico y trascendiendo lo "meramente terminológico" **(29)**, entre ambos institutos **(30)**: a) "el beneficio de justicia gratuita" opera de modo automático, sin necesidad de instancia o prueba de la parte interesada mientras que el "beneficio de litigar sin gastos" lo requiere por expreso mandato legal con la consecuente necesidad de probar la situación patrimonial del peticionante; b) el primero de ellos es definitivo mientras que el segundo tiene un carácter provisional; c) el beneficio de justicia gratuita no presenta modalidades de efecto según el resultado del pleito —si venciere o no venciere quien obtuvo el beneficio— a diferencia del beneficio de litigar sin gastos; d) el beneficio de justicia gratuita no está sujeto a la condición resolutoria de que el beneficiario mejore de fortuna, a diferencia de lo que en tal sentido se establece para el beneficio de litigar sin gastos; e) los sujetos legitimados para oponerse o manifestarse al beneficio son disímiles: mientras que en el beneficio de justicia gratuita solo lo puede impetrar la parte demandada, en el beneficio de litigar sin gastos se presenta tanto el demandado como el organismo de determinación y recaudación de la tasa de justicia; f) la resolución que concede el beneficio de litigar sin gastos puede ser dejada sin efecto a requerimiento de parte interesada, cuando se demostrase que la persona a cuyo favor se dictó no tiene ya derecho al beneficio, sin interesar quién es esa persona; empero, el incidente de prueba de solvencia para dejar de lado el beneficio de justicia gratuita solamente está habilitado para el caso del consumidor que ejerce individualmente una acción, no respecto de las asociaciones de defensa, aclarando desde ya que sobre este punto volveremos luego.

Tampoco podemos dejar de reseñar como diferencia el ámbito de aplicación específico que reconoce el beneficio de justicia gratuita, para el cual se impone al judicante que sopese adecuada y concienzudamente sobre la presencia de materia consumeril debatida dado que el beneficio se enmarca, necesariamente, en dicho régimen jurídico tanto sea en oportunidad de un proceso individual o colectivo **(31)**. Por el con-

(26) Considerando 2° del voto de los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva y Tevez.

(27) Considerando 3° del voto de los Dres. Chomer, Kölliker Frers y Uzal, al cual adhiere el Dr. Bargalló.

(28) Considerando 21° del voto del Dr. Heredia al cual adhieren los Dres. Vassallo y Garibotto.

(29) Así se falló que "la diferencia terminológica entre beneficio de litigar sin gastos y beneficio de justicia gratuita no puede traer la consecuencia de recortar el alcance del segundo por la mera disimilitud de términos" (CNCom., sala C, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Berkley International Seguros SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 19/08/2015, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/33655/2015).

(30) KIELMANOVICH, Jorge L., "Beneficio de litigar sin gastos" y "beneficio de justicia gratuita", LA LEY, 2019-D, 1063, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2535/2019; considerando 21° del voto del Dr. Heredia al cual adhieren los Dres. Vassallo y Garibotto.

(31) Dos precedentes dan debida cuenta de ello: CSJN, "ACUDEN c. Banco Provincia del Neuquén s/ daños y perjuicios por responsabilidad extracontractual", 28/10/2021, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/170251/2021

trario, el beneficio de litigar sin gastos —o su similar provincial— son viables en el proceso civil y comercial en general sin distinciones en materias especiales de este.

Cierta duda podría generar el precedente "ADDUC" **(32)** de la Corte Nacional, en su considerando 9°, cuando se expresa que alude a "la voluntad expresada por los legisladores en el debate parlamentario que precedió a la sanción de la ley 26.361, en el que se observa la intención de liberar al actor de este tipo de procesos de todos sus costos y costas, estableciendo un paralelismo entre su situación y la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos". Una simple lectura del fragmento indica que se establece un "paralelismo" pero no una asimilación o identificación entre ambos institutos. Ello se explica desde que el resultado del fallo del Máximo Tribunal desemboca en una extensión del beneficio de justicia gratuita que coincide con el beneficio de litigar sin gastos, de allí, estimamos, el "paralelismo" al cual alude la Corte.

Es decir, esta se expresó sobre el contenido y la virtualidad de la franquicia consumeril y no sobre su naturaleza. Incluso, en el plenario en comentario se lee: "es pertinente señalar que en ese precedente no se identificaron el beneficio procesal con la dispensa del art. 53, LDC" **(33)** y, en otro precedente, fallóse que el beneficio otorgado por el art. 53 "debe comprender —en la medida que resulta una relación de consumo— con los efectos análogos al del beneficio de litigar sin gastos" **(34)** o que "coloca a su beneficiario en situación semejante a la de quien goza del beneficio de litigar sin gastos" **(35)**, vale decir, no "es" el beneficio de litigar sin gastos ni se subsume en él sino que tiene una extensión análoga.

En consecuencia, nos parece que el "beneficio de justicia gratuita" es una figura autónoma **(36)**, conferida legal y automáticamente, sin necesidad de petición especial ni prueba del interesado, para los procesos individuales y colectivos de consumo que podrá o no coincidir con la franquicia procesal disciplinada en los ordenamientos procesales (nacional o provinciales) para el proceso civil y comercial.

Es decir, la Nación y las provincias, ejerciendo sus competencias constitucionalmente atribuidas, podrán diseñar en sus propios ordenamientos procesales las herramientas que estimen pertinentes para evitar la obstaculización del acceso y prestación del servicio de justicia por cuestiones económicas prefijando, en consecuencia, el contenido y alcance de la institución creada. Incluso pueden idear distintas figuras con diverso alcance según la materia del pleito —v. gr. civil, comercial o laboral— lo cual dota de independencia y autonomía a cada franquicia procesal sin perjuicio, claro está, de la aplicación subsidiaria y dialógica entre los ordenamientos.

Pero aquí se realiza un paso más pues el beneficio de los arts. 53 y 55, LDC tiene vigencia en un proceso particular como es el proceso de consumo situación que le da especificidad a la temática en relación con la latitud de las franquicias que podríamos llamar "generales" que puedan esbozarse para el proceso laboral, o civil y comercial. Se deja a salvo, claro está, el ejercicio de la competencia respectiva (nacional o provincial) de sancionar leyes que regulen las instituciones especiales del proceso individual y colectivo de consumo para la órbita provincial o federal según corresponda.

---

y STJ, Corrientes, "Veas Oyarzo, Nelson Fernando c. Municipalidad de la Ciudad de Corrientes s/acción declarativa de certeza", 16/03/2012, La Ley Cita Online: AR/JUR/72597/2012.

(32) CSJN, "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", 14/10/2021, JA del 10/11/2021, 39, Cita Online: AR/JUR/159295/2021.

(33) Considerando 10.1° del voto del Dr. Barreiro al cual adhieren los Dres. Vásquez, Machin y Lucchelli.

(34) CCiv. y Com. La Plata, sala I, "Holzwarth, Patricia c. Caja de Seguros SA s/ daños y perj. Incump. Contractual (Exc. Estado)", 22/04/2021, La Ley Cita Online: AR/JUR/11329/2021.

(35) CCiv. y Com., sala III, Mar del Plata, "Rancitelli, Maximiliano Gabriel c. Industrial And Commercial Bank of China (Argentina) SA s/ medidas cautelares (traba/levantamiento)", 31/10/2017. Cita Online: TR LALEY AR/JUR/82169/2017.

(36) KIELMANOVICH, Jorge L., "Beneficio de litigar sin gastos" y "beneficio de justicia gratuita", ob. cit.; considerando 10° del voto del Dr. Barreiro al cual adhieren los Dres. Vásquez, Machin y Lucchelli.

Por ello, no debe identificarse inexcusablemente al beneficio de justicia gratuita de la LDC con las instituciones procesales locales **(37)** pudiéndose "concebir la gratuidad del proceso, más allá de lo que digan las normas procesales locales" **(38)** pues, se reitera, se ha disciplinado un instituto autónomo —remitimos al acápite II sobre dicha factibilidad— en clave de una clara y contundente intención de legislador de asegurar el derecho a la jurisdicción en todas sus fases para el ámbito consumerista en particular.

En este tren, la LDC no remite al ordenamiento procesal que rija en el lugar de tramitación del proceso, sino que se ciñe a conferir la gratuidad sin otro aditamento o exigencia **(39)** de modo que deviene innecesario la promoción del incidente o trámite especial o abstracto el ya iniciado **(40)**. Consecuencia de ello, la asignación del beneficio es automática y operativa sin necesidad de recurrir al trámite procesal específico que el ordenamiento procesal aplicable establezca, criterio recientemente consagrado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación **(41)** y expuesto en varios trabajos doctrinarios **(42)**.

En palabras de la Corte santafesina: la defensa por el consumidor de cualquiera de sus derechos subjetivos o intereses legítimos que constituyen una manifestación de la relación de consumo goza del beneficio de gratuidad, sin necesidad de recurrir al trámite de declaratoria de pobreza, ya que se trata de un mínimo necesario para garantizar la efectiva tutela de derechos de raigambre constitucional **(43)**.

Por ello reiteramos que la duda interpretativa se patentiza, especialmente, en aquellas jurisdicciones en las cuales no se haya regulado especialmente el régimen procesal de consumo. En el marco de jurisdicciones que hubieren dictado dicha normativa, el camino se encontrará ciertamente allanado pero, en los restantes, reiteramos que nos encontramos frente a una franquicia especial, diseñada para un proceso particular en virtud de lo cual debe ser dotado de un contenido específico que responda a la orientación axiológica del plexo consumeril. En este tren, colegimos su vigencia automática sin depender de instancia del interesado y su independencia de las herramientas generales de los

(37) En contra: MANTEROLA, Nicolás I., "El regreso de los plenarios y el beneficio de justicia gratuita (arts. 53 y 55, ley 24.240)", ED 07/03/2019, Cita Digital: ED-DCCLXXVII-695. Allí se sostiene que: "el alcance del beneficio de justicia gratuita se encuentra limitado por el alcance del incidente de pobreza local".

(38) CCiv. y Com. Min., Gral. Roca, "Janavel, Andrés Orlando y otro c. Telefónica Móviles Argentina SA (Movistar) s/ sumarísimo", 20/11/2012, RCyS 2013-VIII, 167, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/67134/2012.

(39) CNCom., sala F, "Z., A. D. c. Clama SA y otro s/ ordinario", 06/05/2014, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/38540/2014.

(40) CNCom., sala F, "Piñero, José M. F. y otro c. Sancor Seguros s/ sumarísimo", 23/02/2012, LL AP/JUR/635/2012; CNCom., sala C, "Consumidores Libres Coop. Ltda. de Prov. de Serv. de A.C. c. Bankboston SA s/ Beneficio de litigar sin gastos", 24/05/2018, LL AR/JUR/30507/2018; CNCom., sala C, "Aranda, Esteban Ariel c. Plan Rombo SA de Ahorro p/f determinados y otros s/ sumarísimo", 09/04/2019, LA LEY, 2019-D, 128, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/7574/2019; CNCom., sala F, "Consumidores Financieros Asoc. Civil p/su defensa c. Banco Supervielle SA s/ beneficio de litigar sin gastos", 19/06/2014, LL AR/JUR/38576/2014.

(41) CSJN, "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", 14/10/2021, cit., considerando 8°.

(42) DARCY, Norberto C., "Responsabilidad bancaria en las relaciones de consumo. Legitimación del consumidor que pide daño directo y justicia gratuita", RCyS 2020-IX, 79, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1239/2020; PAGÉS LLOVERAS, Roberto M., "La 'justicia gratuita' en la Ley de Defensa del Consumidor, a 25 años de su sanción", RDCO 295, 478, Cita Online: AR/DOC/3742/2018; MARTÍNEZ MEDRANO, Gabriel, "Actualidad 2021 sobre el beneficio de justicia gratuita del consumidor", LA LEY del 26/11/2021, 1, Cita Online: AR/DOC/3315/2021; KRIEGUER, Walter F., "El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz", LA LEY, 2014-D, 407, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1705/2014; MANTEROLA, Nicolás I., "Estudio del beneficio de justicia gratuita" (arts. 53 y 55, ley 24.240), RDCO 310, 273, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1698/2021.

(43) CSJSF, "Salvato, Flavia Vanesa c. BGH SA s/ daños y perjuicios", 15/08/2017, AyST 276, p. 392-398, de voto de Dr. Falistocco. En el caso, se exime al consumidor de recurrir a la declaración de pobreza para bloquear la posibilidad de que la contraparte interponga excepción de arraigo conforme el art. 330 del Código de rito santafesino.

ordenamientos procesales (v. gr., declaratoria de pobreza, beneficio de litigar sin gastos o similar) y su formulación amplia, comprensiva de no solo de los gastos de promoción de demanda sino también de los gastos causídicos que se deriven del pleito.

Sobre el particular no debemos olvidar que, bien ha dicho Lorenzetti, las fallas de mercado afectan la dogmática del proceso, identificándose diversos obstáculos como el económico —por el cual muchas personas no tienen acceso a la justicia—; el organizativo —por el cual los intereses colectivos o difusos no son eficazmente tutelables; y el procesal —por el cual los procedimientos tradicionales son ineficaces para encauzar estos intereses— y, por ello, asistimos a una revolución del derecho procesal provocada por la idea de acceso a la justicia **(44)**.

Asimismo, la interpretación propuesta no descarta que los dispositivos procesales "generales" tengan tanto una extensión disímil o idéntica al del beneficio de justicia gratuita de la LDC. En el plenario comentado, por estar involucrado el "beneficio de litigar sin gastos" del art. 78 del Cód. Proc. Civ. y Com., existe una simetría en su alcance con la conclusión de la doctrina legal asentada, pero puede no ocurrir ello como sucede, verbigracia, en el ordenamiento santafesino, especialmente los arts. 335 y 336 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Provincia de Santa Fe **(45)**.

Se enlaza también lo dicho con una incontrastable fuerza expansiva del derecho de defensa del consumidor, en la cual, mal puede dudarse de su autonomía: tiene fuente constitucional, legislación especial, órganos de aplicación cada vez más especializados, doctrina y principios particulares, bregándose por una clara autonomía ya que la base de sustentación del sistema es el principio protectorio de base constitucional, lo que significa un estatuto protectorio de las personas vulnerables **(46)**. En el particular se tiende a mitigar lo denunciado por Farina, esto es, que la vía judicial, tal como está organizada en nuestro país constituya un serio obstáculo para la defensa de los derechos de consumidor **(47)**.

Finalmente, alguna duda podría generar la operatividad del beneficio de los arts. 53 y 55, LDC cuando la parte consumidora o la asociación de consumidores sea demandada y no actora. Si bien jurisprudencialmente se ha concedido en tal caso la franquicia a un consumidor individual por tratarse de una interpretación plausible de los artículos puesto que conjuga el significado de sus palabras con el propósito que las anima **(48)**, los términos de la normativa consumeril pueden generar cierta hesitación puesto que la posibilidad de acreditar la solvencia del consumidor mediante incidente, se le confiere, en el art. 53, "a parte la demandada" y el art. 55 expresamente a alude a "las acciones judiciales iniciadas en defensa de intereses de incidencia colectiva...".

IV. El pronunciamiento de la Corte Nacional en "ADDUC"

IV.1. Breve evolución de la jurisprudencia de la Corte

La jurisprudencia de nuestro Máximo Tribunal ha sido fecunda, en particular, en materia de

(44) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2009, 2ª ed., p. 21 con cita de Cappelletti.

(45) Art. 335: "La declaratoria de pobreza aprovecha tan sólo a la defensa de los derechos pertenecientes al pobre, sea originariamente o por herencia. El beneficio de pobreza comprende el derecho de actuar en juicio libre de todo impuesto, tasa o contribución de carácter fiscal, como también obtener sin cargo testimonios o copias de instrumentos públicos y publicaciones de edictos en el Boletín Oficial cuando fuere menester". Art. 336: "El declarado pobre no estará exento del pago de las costas en que hubiere sido condenado si tiene bienes con que hacerlo. La vivienda del trabajador o sus causahabientes, no podrá ser afectada al pago de costas en caso alguno".

(46) LORENZETTI, Ricardo L., "Teoría de la decisión judicial. Fundamentos de Derecho", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2006, p. 38. Ver considerando 5° del voto de los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva y Tevez y considerando 6° del voto del Dr. Barreiro.

(47) FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y del usuario", ob. cit., p. 527.

(48) CCiv. y Com. La Plata, sala III, "Finvert SRL c. Méndez Rivamar, Norma Beatriz s/ cobro ejecutivo", 04/11/2021, LA LEY del 10/01/2022, 4, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/183551/2021. Para arribar a tal conclusión, los jueces conjugan la lectura del art. 53 LDC con el art. 25 de la ley 13.133 (Código provincial de implementación de los derechos de los consumidores y usuarios).

procesos colectivos, tendencia que, a nuestro criterio sirve de sustento para el sostenimiento de la interpretación amplia tanto del art. 53 como del art. 55, LDC. Repasaremos rápidamente la familia de casos que podemos agrupar en este sentido.

En el año 2011, la Corte decidió, ante el rechazo del recurso extraordinario la no imposición de costas a la asociación de consumidores actora **(49)**. Al año siguiente adscribe a idéntico temperamento al confirmar la falta legitimación de la asociación de consumidores **(50)**. En el año 2014 se negó la legitimación a la asociación de consumidores actora imponiéndole las costas, pero ante la revocatoria interpuesta por esta la Corte Federal revoca su pronunciamiento optando por la no imposición de costas en virtud del art. 55, LDC **(51)**. Un año después, rechaza el remedio extraordinario federal por no hallarse cumplidos los recaudos para hacer viables la acción colectiva intentada, pero "sin especial imposición de costas" **(52)**. También en el 2015, en relación con el depósito previsto en el art. 286, Cód. Proc. Civ. y Com. para quejas por denegación del recurso extraordinario ante la Corte eximió a la asociación de consumidores de su pago **(53)** —reiterando tal decisión en el año 2019 para un proceso individual **(54)**—. Luego, en el año 2018, el Máximo Tribunal rechazó en base al art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com. los recursos extraordinarios interpuestos por ambas partes, pero "sin especial imposición de costas" para la asociación de consumidores **(55)**.

De la evolución desgranada, se desprende sin dificultad que la Corte habíase limitado a extender el beneficio de justicia gratuita solo a las costas derivadas del rechazo de los recursos extraordinarios —sea vía la herramienta del art. 280, Cód. Proc. Civ. y Com. como por tratarlos expresamente— y al depósito del art. 286, Cód. Proc. Civ. y Com. sin que haya tenido oportunidad de expedirse sobre las costas del proceso principal lo que ocurriría en el mes de octubre del año 2021, en autos "ADDUC" **(56)** en los cuales en primera instancia se había decretado la caducidad de instancia con imposición de costas a la asociación actora la cual cuestiona dicha condena por resultar reñida al beneficio de gratuidad del art. 55, LDC, declarándosele desierto su recurso en la alzada y arribando vía queja a los estrados de la Corte.

En este caso, colige con contundencia que una razonable interpretación armónica de los arts. 53 y 55 de la LDC permite sostener que, al sancionar la ley 26.361 el Congreso Nacional ha tenido la voluntad de eximir a quienes inician una acción en los términos de la Ley de Defensa del Consumidor del pago de las costas del proceso. Arguye que la norma no requiere a quien demanda la demostración de una situación de pobreza para otorgar el beneficio, sino que se lo concede automáticamente y solo en determinados supuestos, esto es en acciones iniciadas en defensa de intereses individuales, se admite que la contraparte acredite la solvencia del actor para hacer cesar la eximición. En este contexto, al brindarse a la demandada —en ciertos casos— la posibilidad de probar la solvencia del actor para hacer caer el beneficio queda claro que la eximición prevista incluye a las costas del proceso pues, de no ser

(49) CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores y otros c. Banca Nazionale del Lavoro SA s/ sumarísimo", 11/10/2011, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/63184/2011.

(50) CSJN, "Cavalieri, Jorge y otro c. Swiss Medical SA", 2012, Fallos 335:1080.

(51) CSJN, "Unión de Usuarios y Consumidores c. Nuevo Banco de Entre Ríos SA s/ ordinario", 30/12/2014, DJ, 03/06/2015, 24, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/73176/2014.

(52) CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Mercado Común del Sur c. Loma Negra Cía. Industrial Argentina SA y otros", 2015, Fallos 338:40.

(53) CSJN, "Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Nación Seguros SA", 2015, Fallos 338:1344. En el mismo año: CSJN, "Vázquez Martínez, Andrea y otro c. Toribio Pablo de Achaval y Cía. SA y otro s/ daños y perjuicios", 24/11/2015, DJ 23/03/2016, 43, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/52409/2015, arribándose al decisorio por una revocatoria impuesta por la asociación de consumidores también interviniente como actora.

(54) CSJN, "Manfroni Kergaravat, Claudio F. c. ENER-SA y otros s/ acción de amparo", 29/10/2019, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/37778/2019.

(55) CSJN, "Asociación Protección Consumidores del Merc. Común Sur c. Galeno Argentina SA s/ sumarísimo", 2018, Fallos 341:1998.

(56) CSJN, "ADDUC y otros c. AySA SA y otro s/ proceso de conocimiento", 14/10/2021, cit.

así, no se advierte cuál sería el interés que podría invocar el demandado para perseguir la pérdida del beneficio de su contraparte (considerando 8°).

Con cita de otro precedente suyo ya consignado en este opúsculo ("Consumidores Financieros Asociación Civil p/ su defensa c. Nación Seguros SA"), advierte que una interpretación que pretenda restringir los alcances del precepto no solo desconocería la pauta interpretativa que desaconseja distinguir donde la ley no distingue, sino que conspiraría contra la efectiva concreción de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores —y de las asociaciones que pretendan proteger sus intereses— a fin de posibilitar el acceso a la jurisdicción en defensa de sus derechos.

No obstante la reserva que se avizora en algunos votos del plenario **(57)**, creemos que el fallo "ADDUC" representa una herramienta fundamental para el tópico decidido en "Hambo" y así se lee, por ejemplo, que "un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación fijó por unanimidad doctrina en el tema que convoca sustancialmente al plenario (...) de modo que la interpretación dada por la Corte a la materia no deja lugar a dudas que el inicio de una demanda conforme al estatuto del consumidor esta eximida del pago de las costas del proceso" **(58)**.

En este tren argumental, ejerciendo su autoatribuido carácter de "intérprete supremo de la Constitución Nacional y de las leyes dictadas en su consecuencia" **(59)** y "salvaguarda final de las declaraciones, derechos y garantías de la Constitución Nacional" **(60)** la Corte ha brindado pautas claras y contundentes para despejar toda duda sobre su postura en materia del alcance amplio del beneficio de justicia gratuita, lo que de rondón prefija previsibilidad y una directriz de fuste para los tribunales que, en lo sucesivo, habrán de abocarse a la dilucidación de esta problemática máxime cuando los fallos de la Corte versen sobre derechos reconocidos por la Constitución Nacional —ello en virtud de que dicho órgano asegura la supremacía y es el intérprete final de la Carta Magna (arg. arts. 42, 108 y 116 de la CN) **(61)**—, no obstante la facultad de los judicantes de apartarse de la doctrina del Máximo Tribunal si aportan nuevos argumentos que justifiquen esa actitud, carga argumentativa que le corresponde "...a quien pretende apartarse del precedente, debiendo ser excepcional y fundada" **(62)**. Parece que la obligatoriedad —con sus matices— de los precedentes de la Corte tiene un rol central a desempeñar en el tema que nos convoca, criterio recientemente defendido con ahínco por el Máximo Tribunal en autos "Farina" **(63)**.

Asimismo, si bien no es un requisito inexcusable de estos, no deja de ser conveniente y virtuoso para el adecuado servicio de justicia que la doctrina legal fijada en un plenario se mantenga en línea con el criterio de la Corte Suprema a los efectos de evitar una constante lid entre los tribunales sobre puntos controversiales **(64)**.

(57) Ver los considerandos 22°, 23° y 24° del voto del Dr. Heredia al cual adhieren los Dres. Vassallo y Garibotto como así también el voto del Dr. Bargalló lo que conduce, en ambos casos, a apartarse de lo sostenido por el tribunal cimero.

(58) Del voto de los Dres. Monclá y Salas. De hecho, la postura de los vocales se sustenta íntegramente en la conveniencia de índole práctica y economía procesal de seguir el criterio fijado por el Máximo Tribunal aun cuando lo fallado por el cuerpo tenga efectos circunscriptos al caso apuntado.

(59) CSJN, "Ministerio Fiscal c. Calvete, Benjamín", 1864, Fallos 1:340.

(60) CSJN, "Municipalidad de la Capital c. Isabel A. de Elortondo", 1888, Fallos 33:162; "Di Mascio, Juan Roque", 1988, Fallos 311:2478.

(61) Cfr., CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, "Protegiendo al Consumidor PAC c. Banco Santander Río SA s/ repetición sumas de dinero cuadernillo Art. 250 CPCC", 21/10/2021, LA LEY del 06/12/2021, 11, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/180846/2021.

(62) CSJN, "Schiffrin, Leopoldo Héctor c. Poder Ejecutivo Nacional s/ acción meramente declarativa", 2017, Fallos 340:257, en particular, el consid. 9°.

(63) CSJN, "Farina, Haydée Susana s/ homicidio culposo", 2019, Fallos 342:2344. Allí obra un completo repaso por la variedad de fundamentos que nutren al principio de obligatoriedad de los precedentes del Máximo Tribunal.

(64) Por ejemplo, lo que ocurre por caso en materia de oponibilidad de las cláusulas de los contratos de seguro a las víctimas de los siniestros a partir de los precedentes "Obarrio", "Gauna" o "Cuello" de la Corte Federal.

IV.2. ¿Distinción entre procesos individuales y colectivos de consumo?

A partir de los precedentes de la Corte que ya hemos citado, autores han bregado por hacer extensiva la tesitura amplia adoptada por la Corte Federal a las acciones de índole individual **(65)**. No puede dejar de señalarse que tanto el art. 53 como el art. 55 de la LDC refieren idénticamente a "beneficio de gratuidad" y, siendo ello así, debe entenderse que el legislador determinó que el beneficio debería ser similar en las acciones individuales que en las colectivas, por cuanto de tratarse de beneficios con alcances distintos, hubiera empleado también vocablos diferentes **(66)** debiéndose respetar, en consecuencia, la pauta interpretativa que desaconseja distinguir allí donde la ley no distingue **(67)**.

Ciertamente, la única diferencia existente entre ambas disposiciones radica en la posibilidad de que, en los procesos individuales, el demandado acredite la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio (art. 53, LDC *in fine*), alternativa que no se replica en el art. 55 **(68)**. Diferencia que se ha considerado razonable jurisprudencialmente por cuanto por la magnitud de los reclamos a ser recompuestos, impediría que las asociaciones de defensa del consumidor cumplan con su función al tener que hacer frente a los costos de inicio y a las eventuales costas que pudieren imponérseles **(69)** en línea con la intención de motorizar los procesos colectivos en defensa de los consumidores y usuarios como sujetos con tutela constitucional preferente y, en esta línea, fortalecer la labor encomendada **(70)**.

De consuno con ello, y por fuera del extremo previamente aludido que encuentra su justificación no en el instituto individualmente considerado sino como incentivo a la actuación de las asociaciones de consumidores, la naturaleza, contenido y extensión del "beneficio de justicia gratuita" es idéntica en las situaciones aprehendidas por los arts. 53 y 55, LDC, esto es, en los procesos individuales y colectivos de consumo. Así, las conclusiones a las cuales se arribe en el estudio de una de las hipótesis serán predicable para la restante y así expresamente lo asentó la Corte Suprema en el considerando 8° de "ADDUC" —se recuerda: "Que una razonable interpretación armónica de los artículos transcriptos..."— haciendo extensiva a ambos arts. (53 y 55, LDC) la conclusión vertida en dicho considerando y que ya fuera explicitada ut supra utilizando el giro reiteramos "...los artículos transcriptos".

¿Ello implica una extralimitación de la Corte por decidir sobre aspectos que no hacían al caso sometido a juzgamiento? Creemos que no porque, precisamente, estamos en presencia del mismo instituto, replicado por el legislador para el escenario de los procesos individuales y de los procesos colectivos, en ambos casos, señalan Arias y Quaglia como una derivación del derecho fundamental a obtener procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos (art. 42, CN) **(71)**.

---

(65) VERBIC, Francisco - SUCUNZA, Matías A., "Acceso a la justicia y beneficio de gratuidad en materia de acciones de consumo y medio ambiente", en MORELLO, Augusto M. - SOSA, Gualberto L. - BERIZONCE, Roberto O., (dirs.), Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y la Nación. Comentados y anotados, Abeledo Perrot, 2016, t. II, 4ª ed., p. 1001 y ss.

(66) KRIEGUER, Walter F., El beneficio de gratuidad en la ley de defensa del consumidor y el proceso eficaz, ob. cit.

(67) CSJN, "Dorre, Guillermo Roberto c. Provincia de Córdoba", 1976, Fallos 294:74, considerando 4°; "Sindicato Argentino de Docentes Particulares (SADOP) c. Estado Nacional s/ nulidad administrativa", 2010, Fallos 333:735, del dictamen de la Procuración General que la Corte hace suyo; "Wintershall Energía SA c. EN - PEN - dto. 786/02 - ley 25.565 s/ amparo", 2008, Fallos 331:2453; "Andreuchi, Luis Antonio c. Club Atlético Newells Old Boys y otro s/ ejecutivo", 10/12/2013, LA LEY, 2014-B, 465, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/84177/2013; "INC SA (TF 24.746 - I) c. DGI", 15/07/2021, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/110009/2021.

(68) Cfr., DARCY, Norberto C., "Otro fallo que reaviva la incertidumbre sobre el beneficio de justicia gratuita en las acciones de defensa del consumidor", LA LEY, 2019-E, 490, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3337/2019.

(69) CNCom., sala B, "Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Banco Comafi SA s/ Ordinario", 15/06/2018, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/29594/2018.

(70) KALAFATICH, Caren - BAROCELLI, Sergio S., "Gratuidad en los procesos de consumo", LA LEY, 2017-D, 1, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1647/2017.

(71) ARIAS, María P. - QUAGLIA, Marcelo C., "El beneficio de justicia gratuita en el ámbito del consumo", RDCO

Entonces, interpretando el alcance del beneficio para un ámbito, al unísono se lo está dotando de contenido en el restante, pues se ha sentenciado que no parece lógico ni razonable pretender diversos significados para cada uno de los supuestos mencionados **(72)** como así también se ha negado que exista fundamento suficiente, salvo evidente discriminación, sobre una extensión diversa del beneficio para las acciones de consumidores y usuarios en defensa de intereses de incidencia colectiva del reclamo de un particular que denuncie la afectación de un derecho fundamental en una relación de consumo **(73)**.

V. Apreciaciones sobre la eventual vulneración a la garantía constitucional de la igualdad

Numerosos señalamientos se han hecho en torno a una pretendida vulneración a la garantía de la igualdad (art. 16, CN) en caso de adscribir a un contenido amplio del beneficio de justicia gratuita instaurado en la LDC. Dada la variedad de fundamentos que sustentan tal entendimiento, nos detendremos a continuación a analizar los más representativos. Sin perjuicio de dividir este acápite en dos, las valoraciones realizadas en cada uno de los apartados se funden en una argumentación común derivada de la identidad de la crítica que sirve de causa para cada uno de ellos (v. gr., la afectación a la garantía de la igualdad), por ello es por lo que las estimaciones vertidas se retroalimentan entre sí.

V.1. ¿Desequilibrio procesal entre las partes litigantes?

Se lee en el plenario que no hay equilibrio alguno si la actuación del régimen procesal de las costas se entiende solamente aplicable para beneficio de la parte promotora del juicio pero no para la adversaria en su defensa, pues el resultado visible de ello es establecer una desigualdad bajo el argumento de estar solucionando otra distinta vinculada a una restricción del derecho al acceso a la justicia, desde que se llevaría al demandado vencedor a que ineluctablemente tenga que asumir los costos económicos de su propia victoria; asimismo, también se agravia severamente la garantía de igualdad ante la ley, pues la parte demandada, a diferencia de su adversaria, sí está expuesta al pago de las expensas del juicio en caso de ser vencida **(74)**.

Otros autores adoptan igual temperamento crítico, por ejemplo, exponiendo que si lo que se busca por intermedio del beneficio de gratuidad es asegurar la igualdad de las partes, no puede tomarse a todos los consumidores como iguales, sobre todo sin tener en cuenta las particulares condiciones de cada uno y las concretas circunstancias del caso sometido a decisión judicial **(75)**.

Nos permitimos disentir con las aseveraciones previamente transcriptas puesto que, con tino, Sahián enseña que el art. 53, LDC debe ser interpretado bajo la comprensión más amplia, "conforme" a la finalidad perseguida por el art. 42 de la Constitución y los principios *pro homine,* de progresividad, y *pro consumidor* puesto que una hermenéutica que restrinja los alcances del beneficio conspiraría contra la tutela efectiva de las garantías constitucionales establecidas a favor de los consumidores **(76)**.

En sintonía con el autor citado, tenemos para nosotros que la interpretación amplia propugnada no hace más que derivarse de la normati-

294, 139, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3754/2018.

(72) STJ, sala Civ. Com. y Min., Río Negro, "López, Patricia Lilian c. Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ sumarísimo s/ casación", 07/11/2017, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/94100/2017.

(73) Cfr. C3aCiv. Com. Minas, Paz y Trib. Mendoza, "Segovia, Carmen c. Jumbo Retail Argentina SA s/ daños y perjuicios", 04/02/2014, RCyS 2014-IX, 206, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/210/2014.

(74) Considerando 8° y 18° del voto del Dr. Heredia, al cual adhieren los Dres. Vassallo y Garibotto. Añade que indirectamente se afecta a los profesionales que han asistido al sistema judicial para hacer posible la declaración de esa razón, cuyos justos honorarios ya no podrían ser cobrados contra el que no la tuvo al litigar.

(75) FIORENZA, Alejandro A., "Justicia gratuita para los consumidores santafesinos: sí o no", LLLitoral, 2014 (noviembre), 1082, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3865/2014.

(76) SAHIÁN, José H., "Principios generales de protección del consumidor en el proceso e interpretación de las normas", RDCO 308, 21, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/944/2021.

va consumeril vigente, en tanto los arts. 53 y 55, LDC no contienen limitaciones al alcance del beneficio redundando en materia interpretativa dudosa con lo cual cobra vigencia el principio de *in dubio pro consumidor* (arts. 3°, LDC y 1094, segunda parte, Cód. Civ. y Com.) y, asimismo, el precepto de aplicación de la normativa "conforme con el principio de protección del consumidor" (art. 1094, Cód. Civ. y Com. primera parte).

En cumplimiento de la manda constitucional del art. 42 de la CN —que actúa como pauta armonizadora de un sistema signado por la pluralidad de fuentes **(77)**— y su manda operativa dirigida a las autoridades competentes a proveer a la protección de los derechos allí consagrados —de goce directo y efectivo por parte de sus titulares **(78)**— y establecer "procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos", es que se redimensiona el principio de igualdad de partes, trascendiendo su formulación tradicional de corte formal para propender, mejor, a una paridad real. Memórese que cuando la pretensión se relaciona con derechos fundamentales, la interpretación de la ley debe estar guiada por la finalidad de lograr una tutela efectiva, lo que se presenta como una prioridad cuando la distancia entre lo declarado y la aplicación concreta perturba al ciudadano **(79)**.

En este sentido, en el caso de las relaciones de consumo, el desequilibrio en el vínculo entre consumidores y proveedores es "estructural", en tanto obedece a circunstancias sociológicas y no individuales, en mérito de la cual se busca traspasar de la idea "igualdad formal" a una de "igualdad de trato en igualdad de circunstancias" **(80)** o a una "igualdad real" **(81)**. Se trata, dice Alferillo, de una exigencia procesal —la igualdad procesal formal— que se torna relativa dado que, por imperio de su naturaleza de orden público, debe aplicar los principios protectorios propios del derecho del consumidor **(82)**.

Recordemos que el proceso del consumo se aparta, en varios aspectos, de las matrices clásicas y la verificación de sus principios —tanto en acciones individuales como colectivas— bajo el rótulo de "tutela procesal diferenciada" enfatizan, en este sector, la accesibilidad al sistema judicial, la simplificación de los trámites, la trascendencia del principio de duración razonable, la búsqueda y primacía de la verdad objetiva, la consagración del derecho material, la condena del excesivo rigor formal y la nivelación de los desequilibrios procesales **(83)**. Hernández apunta que la doctrina consumerista ha sumado recaudos especiales para la satisfacción de la tutela judicial efectiva, como el "beneficio de justicia gratuita"; la "colectivización procesal", y la "defensa excepcional en procesos de ejecución" **(84)**.

Se valora especialmente que el consumidor es merecedor de una tutela diferenciada, la cual es establecida tanto por la normativa de fondo como por normas de tono procesal que tienen a su protección y amparo **(85)**, "plasmándose

(77) Cfr., SAHIÁN, José H., "Dimensión constitucional de la tutela a los consumidores", La Ley, Buenos Aires, 2017, pp. 199-207; WAJNTRAUB, Javier H., "Régimen jurídico del consumidor comentado", Rubinzal-Culzoni editores, Santa Fe, 2017, p. 12.

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

(79) CSJN, "Di Nunzio Daniel F. c. The First National Bank of Boston y otros s/ hábeas data", 2006, Fallos 329:5239, consid. 5° del voto del Dr. Lorenzetti.

(80) WAJNTRAUB, Javier H., "Los consumidores con vulnerabilidad agravada en la reciente normativa", LA LEY del 16/06/2020, 2. Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1929/2020.

(81) LOVECE, Graciela I., "El consumidor, el beneficio de la justicia gratuita y las decisiones judiciales", RCyS 2017-X, 233, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1704/2017.

(82) ALFERILLO, Pascual E., "El modelo de juez para la resolución de los conflictos de consumo", RDCO 308, 87, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/955/2021.

(83) BELLUSCI DE GONZÁLEZ ZAVALA, Florencia - SOLÁ, Victorino, "Los principios en el proceso de consumo", DCCyE 2011 (octubre), 85, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/3380/2011, con cita de Peyrano y Berizonce.

(84) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Anotaciones sobre un valioso precedente de la CSJN que refuerza la tutela judicial efectiva de los consumidores. A propósito de las ejecuciones prendarias", JA del 18/09/2019, 79, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2634/2019.

(85) GOZAÍNI, Osvaldo A., "Protección procesal del usuario y consumidor", Rubinzal-Culzoni editores, Santa

un sistema global de normas, principios, instituciones e instrumentos de implementación, consagrados por el ordenamiento jurídico en favor del consumidor, para garantizarle en el mercado una posición de equilibrio en sus relaciones con los empresarios" **(86)**, con soluciones propias, derivadas de su lógica específica y tendiente a realizar una justicia todavía más concreta y particular para determinados sectores **(87)**.

Como el consumidor tiene, entonces, una posición de subordinación estructural **(88)** —presumida *iure et de iure* por la normativa consumeril **(89)**—, se dice que el sistema de imposición de costas decidido inclina la mesa, sobre una desigualdad estructural, a favor del débil, mitigando la desigualdad en el acceso a la justicia, mediante un régimen de costas desequilibrado a su favor **(90)**.

En definitiva, la eliminación de las consecuencias negativas de la desigualdad entre consumidor y proveedor impone desplegar acciones positivas que pueden suponer un trato no igualitario **(91)** para, de tal guisa, evitar que el acceso a la justicia de los consumidores no debe ser conculcado por imposiciones económicas **(92)** fundamento que nos parece más que suficiente y razonable para justificar la franquicia en formulación amplia tanto para procesos individuales como colectivos de consumo.

También es dable traer a colación que la institución del beneficio de litigar sin gastos tiene fundamento en la necesidad de garantizar la defensa en juicio y la de mantener la igualdad de las partes en el proceso **(93)** encontrando sustento, en consecuencia, en dos garantías de raigambre constitucional: la de defensa en juicio y la de igualdad ante la ley (arts. 18 y 16, CN) **(94)**. De este modo, no se comprende qué lesión podrá existir a la garantía de la igualdad cuando la interpretación sustentada en el plenario comentado conduce a signar al beneficio de justicia de la LDC con idéntico alcance aquel instituto que se funda, precisamente, en dicha garantía constitucional y sobre el cual no pesa el acuse de inconstitucionalidad.

*V.2. La falta de identidad con el régimen laboral y el temido "*bill *de indemnidad" para los consumidores*

En el plenario analizado se consigna que no resultaría equitativo conceder una mayor protección al consumidor que al trabajador sin afectar el principio de igualdad (conf. art. 16 de la CN), máxime si se considera que el trabajador normalmente reclama rubros de naturaleza alimentaria y que la interpretación amplia conlleva un conflicto entre el derecho del peticionante y los derechos legítimos y también constitucionalmente amparados de los letrados y peritos, que, con toda justicia, quieren que su labor judicial sea remunerada, remuneración que, por

Fe, 2005, p. 12.

(86) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., "Ley de defensa del consumidor (una primera visión de conjunto)", Cita Online: TR LALEY 0003/011878.

(87) PICASSO, Sebastián, "La culpa de la víctima en las relaciones de consumo. Precisiones de la Corte Suprema", LA LEY, 2008-C, 562, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1466/2008; NICOLAU, Noemí L., "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", Revista de Estudios del Centro, UNR, Facultad de Derecho, nro. 2, 1997, p. 80.

(88) CSJN, "Etcheverry, Roberto Eduardo c. Omint Sociedad Anónima y Servicios", 2001, Fallos 324:677.

(89) PUCCINELLI, Oscar R., "Consumo, subconsumo, hipervulnerabilidad y perspectiva de género. A propósito del Anteproyecto de Reformas a la Ley de Defensa del Consumidor", JA del 18/09/2019, 33, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2636/2019.

(90) DÍAZ CISNEROS, Adriano P., "El beneficio de justicia gratuita del derecho del consumidor es one way free shifting", ADLA 2021-7, 5, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/1381/2021.

(91) Del considerando 8° del voto del Dr. Barreiro, con cita del considerando 6° del fallo "ADDUC" de la Corte Federal.

(92) CNCCFed., sala III, "Ramallo, Oscar Alberto c. Edenor SA s/ daños y perjuicios", 15/03/2012, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/26048/2012.

(93) Considerando 5° del voto de los Dres. Chomer, Kölliker Frers y Uzal, al cual adhiere el Dr. Bargalló, con cita de Kielmanovich.

(94) CSJN, "Asociación de Superficiarios de la Patagonia c. YPF SA y otros s/ beneficio de litigar sin gastos", 2019, Fallos 342:1473; "Bergerot, Ana María c. Provincia de Salta y otros s/ daños y perjuicios (beneficio de litigar sin gastos)", 23/06/2015, LA LEY del 18/08/2015, 11, Cita Online: TR LALEY AR/JUR/24343/2015.

otra parte, también tiene carácter alimentario **(95)**.

Se ha denunciado también la inconveniencia de otorgar a la gratuidad del derecho del consumidor mayores alcances que los contemplados en el ámbito laboral de modo que no resultaría equitativo conceder una mayor protección al consumidor que al trabajador sin afectar el principio de igualdad **(96)**.

Al respecto diremos que no vemos la necesidad de establecer analogía alguna entre ambos sistemas en atención, primordialmente, a lo que ya hemos explicado más arriba sobre la independencia, autonomía y automaticidad del beneficio de justicia gratuita en materia de consumo, caracteres que autorizan a prefijar franquicias procesales para distintos tipos de procesos o materias (v. gr., civil, comercial o laboral) con diverso alcance sin que lo definido para uno de ellos deba hacer mella en la conformación de los restantes.

Lo anterior sin perjuicio de que para interpretar el alcance del beneficio previsto en la LDC, antes de acudir a otras leyes, como la ley laboral, primero hay que sujetarse a las disposiciones del propio sistema, y ello por cuanto si dicho derecho tiene como fuente el art. 42 de la CN, la interpretación judicial que se haga de una norma de tal trascendencia no puede ser otra que darle prelación al derecho constitucionalmente protegido de modo expreso y a sus propios principios, por encima de los que surgen extra sistema **(97)** aun cuando estos también gocen de raigambre constitucional.

En idéntica tónica a lo que hemos dicho en el punto precedente, de reconocerse en el instituto de justicia gratuita una afrenta a los derechos patrimoniales de letrados, peritos o incluso del litigante contrario al consumidor, igual conclusión deberá admitirse respecto del beneficio de litigar sin gastos previsto en el ordenamiento ritual pues gozan de la misma extensión **(98)** a lo que se añade el debido resguardo del patrimonio del proveedor demandado mediante la posibilidad de promover el incidente tendiente a acreditar la solvencia del consumidor.

De rondón, lo reseñado echa por tierra el declamado temor a una "catarata de juicios" provocada por el "*bill* de indemnidad" que se les otorga a los consumidores. Si bien, con tino, ningún voto obrante en el plenario adopta como propio este argumento para sostener su postura contraria a la amplitud del beneficio de gratuidad, diremos que no solo no se ha acreditado fehaciente y estadísticamente la deducción inconducente y abusiva de demandas por parte de usuarios y consumidores, sino que además el ejercicio abusivo de los derechos no puede ser consentido por los jueces (art. 10, Cód. Civ. y Com.), pero es claro que su configuración debe ser juzgada en el caso concreto y no en base a la construcción de impedimentos que la ley no prevé **(99)**. Es que le corresponde al Poder Judicial resolver "casos" —según la terminología del art. 1°, Cód. Civ. y Com.— estándole vedado "emitir juicios históricos, ni declaraciones con pretensión de perennidad, sino proveer justicia en los casos concretos que se someten a su conocimiento" **(100)**.

Nuevamente, si no se le achaca al beneficio de litigar sin gastos adjudicado jurisdiccionalmen-

(95) Considerando 7° del voto de los Dres. Chomer, Kölliker Frers y Uzal, al cual adhiere el Dr. Bargalló.

(96) Considerando 7° del voto de los Dres. Chomer, Kölliker Frers y Uzal, al cual adhiere el Dr. Bargalló. Los autores barruntan que se trata, en ambos casos, de regímenes signados por la tutela a la debilidad jurídica con sustento constitucional (arts. 14 bis y 42 CN), en donde el legislador nacional consagra la gratuidad (art. 20 LCT y 53-55 LDC).

(97) Considerando 6° del voto de los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva y Tevez. En sentido idéntico: STJ, sala Civ. Com. y Min., Río Negro, "López, Patricia Lilian c. Francisco Osvaldo Díaz SA y otros s/ sumarísimo s/casación", 07/11/2017, cit.

(98) Cfr. considerando 5° del voto de los Dres. Ballerini, Gómez A. de Díaz Cordero, Villanueva y Tevez.

(99) Consid. 12° del voto del Dr. Barreiro al cual adhieren los Dres. Vásquez, Machin y Lucchelli. Con cita del artículo de autoría de Arias y Quaglia que hemos citado ut supra, pone de resalto que corresponderá al juzgador evaluar en cada caso conjuntamente la seriedad de planteo y las circunstancias derivadas de la causa, y frente a un supuesto de manifiesta irrazonabilidad, imponer las costas del litigio al consumidor.

(100) CSJN, "Sejean, Juan Bautista c. Ana María Zaks de Sejean", 1986, Fallos 308:2268.

te el representar un "*bill* de indemnidad" que fundamente una catarata de juicios, mal podría hacerse lo propio con aquel beneficio legal con idéntico alcance que este reconoce para sí (tasas, gastos iniciales y causídicos). Reiteramos, en el plenario "Hambo" la postura que resulta minoritaria no realiza ninguna mención a este "efecto multiplicador" sobre la cantidad de juicios que implicaría una connotación amplia del beneficio de justicia gratuita como argumento propio para sustentar su interpretación restrictiva, pero se ha utilizado doctrinariamente **(101)** y en el veto del Poder Ejecutivo del año 1993 mediante dec. 2089/1993 ya citado.

VI. A modo de colofón

Por todo lo vertido precedentemente, compartimos la doctrina legal adoptada en el plenario en comentario reconociendo, no obstante, que los fundados votos de la disidencia resultan un hecho revelador de la conflictividad interpretativa que lleva ínsito el beneficio de justicia gratuita estatuido en la LDC, el que seguirá, sin dudas, ameritando el esfuerzo y preocupación de doctrina y jurisprudencia.

Maguer la trascendente definición del caso de marras, en otras jurisdicciones tanto federales como provinciales, la polémica continúa abierta a lo que sumamos la inexistencia de pronunciamiento de la Corte Federal expreso sobre el particular todo lo cual insufla actualidad y trascendencia a un instituto en permanente construcción e interpretación.

Está en juego, creemos, la posibilidad de avanzar en la concepción del proceso exige poner el acento en el valor "eficacia" de la función jurisdiccional y en el carácter instrumental de las normas procesales, en el sentido de que su finalidad radica en hacer efectivos los derechos sustanciales cuya protección se requiere **(102)** debiéndose, en consecuencia, buscar soluciones procesales que utilicen las vías más expeditivas a fin de evitar la frustración de derechos fundamentales **(103)**. De este modo, al unísono se cumplimentará con dos principios que orientan al derecho de defensa del consumidor como son el acceso a los órganos jurisdiccionales y el otorgamiento de facilidades a los consumidores para la defensa de sus derechos **(104)**.

Como cierre, recordamos contundentes palabras de nuestra Corte, para quien si no existe la plena seguridad ciudadana de que la protección de la justicia es más que una mera declamación retórica de los jueces sin capacidad de ser respetada y cumplida por las autoridades que detentan el control de la fuerza pública, resulta artificial invocar la obligatoriedad de las reglas constitucionales que limitan el poder o esperar del gobierno la protección de los derechos fundamentales que consagra nuestra Constitución **(105)**.

(101) "La proliferación de acciones judiciales temida por el veto a la ley original no puede producirse si el reclamante, a pesar de estar eximido de tasas, es consciente de que, en caso de resultar perdidoso, puede ser condenado en costas" (PERRIAUX, Enrique J., "La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor", LA LEY, 2008-E, 1224, Cita Online: TR LALEY AR/DOC/2480/2008).

(102) CSJN, "PHP y otro c. Di Cesare Luis Alberto y otro s/ art. 250 CPC", 2011, Fallos 334:1691.

(103) CSJN, "Martínez, Sergio Raúl c. Agua Rica LLC Suc. Argentina y su propietaria Yamana Gold Inc. y otros s/ acción de amparo", 2016, Fallos 339:201.

(104) Extraídos de la enumeración que se realiza en WAJNTRAUB, Javier H., "Régimen jurídico del consumidor comentado", ob. cit., p. 15.

(105) CSJN, "Arte Radiotelevisivo Argentino SA c. Estado Nacional - JGM - SMC s/ amparo ley 16.986", 2014, Fallos 337:47, consid. 10°.

TRANSPORTE DE PERSONAS

Pasajero de colectivo impactado por una piedra arrojada desde el exterior. Obligación de seguridad. Relación de consumo. Daños y perjuicios. Responsabilidad.

Con nota de Santiago J. Peral

1. — Acreditada la frecuencia de este tipo de sucesos —cosas arrojadas desde el exterior—, lo alegado por las accionadas no alcanza para configurar una circunstancia eximente de responsabilidad; pues no se acreditó que el piedrazo revistiera las características del "caso fortuito", dada que la frecuencia de hechos de ese tipo en la zona, que los torna previsibles; y por ende se debió adoptar medidas de seguridad tendientes a evitar accidentes de como el de marras. O de lo contrario, como en la especie, atenerse a las consecuencias indemnizatorias.

2. — El acto vandálico no puede ser considerado como eximente de responsabilidad cuando resulta notoria su reiteración, al menos en la época en que sucedieron los hechos.

3. — De acuerdo con el art. 184 del Cód. de Comercio —aplicable al caso—, el porteador asume la obligación de transportar sano y salvo al pasajero desde que inicia el trayecto hasta su lugar de destino. De tal manera que el pasajero que sufre un daño ínterin solo carga con la prueba de su condición de tal y debe acreditar la relación de causalidad entre ese daño y el transporte. La norma citada impone al transportista el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, relevándolo de tal obligación cuando acredite que el accidente provino de fuerza mayor, o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien no sea civilmente responsable.

4. — El vínculo entre el transportador y el pasajero constituye una típica relación de consumo, razón por la cual el art. 184 del Cód. de Comercio, que ya de por si ponía a cargo del transportador una obligación de seguridad de resultado, se integra con el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240, que consagran el derecho de seguridad de los consumidores y usuarios.

CNCiv., sala L, 14/10/2021. - V., L. G. c. Transportes La Perlita SA s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/les. o muerte).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/158755/2021]

COSTAS

Se imponen a los demandados.

INTERESES

Se aplica la tasa activa.

Expte. n° CIV 019479/2015

Buenos Aires, 14 de octubre de 2021.

Considerando:

El doctor *Liberman* dijo:

I.

Vienen los autos a esta Sala a efectos de entender sobre el recurso de apelación interpuesto por las accionadas (transportadora y su aseguradora) contra la sentencia del 4 de marzo de 2020.

L G V promovió demanda por reparación de daños y perjuicios contra Transportes La Perlita S.A. por el hecho ocurrido el 4 de noviembre de 2013, a las 22,30 horas aproximadamente, cuando circulaba a bordo de un colectivo de la demandada y recibió el impacto de una piedra a través de una ventana, en el tabique nasal. Esto le provocó las lesiones por las que aquí reclama indemnización.

La Sra. jueza enmarcó la cuestión en la órbita de la responsabilidad contractual del transportista (art. 184 del Código de Comercio y 1198 del Código Civil, vigentes al momento del siniestro y concordantes con los actuales art. 1280, 1286 y 1288 del CCyC), la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el art. 42 de la Constitución Nacional. Y resolvió hacer lugar a la demanda, fijando las partidas indemnizatorias del siguiente modo: incapacidad física y daño psíquico: $250.000; gastos terapéuticos: $17.280; gastos médicos y de farmacia: $3.600; gastos de traslado: $4.000; daño moral: $50.000.

Rechazó el rubro lesión estética y fijó los intereses conforme lo establecido en el fallo "Samudio".

Los agravios de las accionadas fueron vertidos el 3/08/21 y contestados por V el 19/08/21. Versan sobre la atribución de la responsabilidad, los montos indemnizatorios y los intereses establecidos.

Sostuvieron que el hecho fue consecuencia de un acto vandálico de terceros por los cuales no deben responder.

II.

A tenor de los agravios planteados corresponde señalar que el porteador asume la obligación de transportar sano y salvo al pasajero desde que inicia el trayecto hasta su lugar de destino (art. 184 del entonces vigente Código de Comercio, receptado en los arts. 1280, 1286, 1288 y siguientes del actual CCyC). De tal manera que el pasajero que sufre un daño ínterin solo carga con la prueba de su condición de tal y debe acreditar la relación de causalidad entre ese daño y el transporte. La norma citada impone al transportista el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, relevándolo de tal obligación cuando acredite que el accidente provino de fuerza mayor, o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien no sea civilmente responsable.

Adicionalmente, el vínculo entre el transportador y el pasajero constituye una típica relación de consumo, razón por la cual el art. 184 del Código de Comercio, que ya de por si ponía a cargo del transportador una obligación de seguridad de resultado, se integra con el art. 42 de la Constitución Nacional y la ley 24.240, que consagran el derecho de seguridad de los consumidores y usuarios.

En autos, se encuentra fuera de discusión la calidad de pasajero del joven V, y la ocurrencia y circunstancias del hecho que produjo las lesiones.

La demandada se limitó a negar su ocurrencia y en subsidio manifestar que la piedra habría sido arrojada desde afuera del colectivo mientras estaba detenido en la parada correspondiente. Ahora bien, si se tiene en cuenta las declaraciones de los testigos, veremos que se acreditó que ocurrió en una zona en la que este tipo de hechos de vandalismo no eran aislados. Es decir, al menos, eran previsibles. Nada que ver con lo que liviana y temerariamente afirma la recurrente en varias partes de su escrito.

Entonces, acreditada la frecuencia de este tipo de sucesos, lo alegado por las accionadas no alcanza para configurar una circunstancia eximente de responsabilidad; pues no se acreditó que el piedrazo revistiera las características del "caso fortuito", dada que la frecuencia de hechos de ese tipo en la zona, que los torna previsibles; y por ende se debió adoptar medidas de seguridad tendientes a evitar accidentes de como el de marras. O de lo contrario, como en la especie, atenerse a las consecuencias indemnizatorias.

Si bien la empresa de transporte no es la encargada de la prevención de delitos, tiene frente al pasajero una obligación objetiva de seguridad de transportarlo sano y salvo al lugar de destino. En este sentido, y pese a la insistencia de la recurrente, entiendo que el acto vandálico analizado no puede ser considerado como eximente de responsabilidad cuando resulta notoria su reiteración, al menos en la época en que sucedieron los hechos. Por ello, mal puede ser identificado como imprevisible e inevitable (que son las cualidades del caso fortuito). La demandada podría haber adoptado las medidas tendientes a asegurar el correcto traslado de sus pasajeros a destino, evitando la ocurrencia de hechos como el de autos. Si bien no es el juzgador quien debe examinar qué medidas podría haber adoptado la transportista para evitar hechos de esta naturaliza, lo cierto es que la demandada no produjo prueba alguna a efectos de intentar demostrar su pericia al respecto (CNCiv., Sala G, in re "Angul, Diego c. La Vecinal de Matanza", 11/07/07).

El máximo tribunal bonaerense ha dicho que hay responsabilidad de la empresa de colectivos por no tomar medidas de seguridad ante la proliferación de actos vandálicos (ver: SCBA por unanimidad, 22-12-10, "Eiras c. Compañía Microómnibus La Colorada"; J. A. 2011-II-877. Los daños causados por piedras arrojadas desde el exterior hacia un ómnibus no es un hecho irresistible que excluya la responsabilidad del transportista, habida cuenta de la asiduidad con la que ocurre este tipo de hechos vandálicos.

Se cita por ahí varios fallos de fines del pasado siglo. Sin embargo, como juez de primera instancia, ya en sentencia del 17-6-91 dije que el rigor normativo de la ley 2.873 y del art. 184 del Código de Comercio estriban en la idea de forzar al prestatario a extremar las precauciones atinentes a la buena calidad, perfecto estado y funcionamiento del material, la capacitación y buen desempeño del personal y estricto cumplimiento de leyes y reglamentos. De allí que, en la medida en que apareciera daño consecuente a un incumplimiento de las cargas, la justificación de tal obligación de seguridad emerge del antiguo aforismo 'ubi emolumentum ibi onus': el progreso tecnológico y la revolución industrial beneficiaron a determinados sujetos de derecho con un abaratamiento de costos, o al permitir brindar nuevos servicios más competitivos, desplazaron a otros más antiguos pero tal vez más seguros o con menor riesgo creado. Esto es: el lucro consiguiente no puede ser gratuito si se obtiene a costa de crear o aumentar riesgos para las personas.

Cuando hay daño es, en síntesis, la manifestación del riesgo de empresa, que es un factor de atribución de responsabilidad incorporado implícitamente por la ley en las premencionadas normas, y otras del plexo legal argentino.

Se criticó en aquella sentencia un comentario de Anaya (E.D. 141-347) porque la propuesta, tal vez inadvertidamente, tiende hacia una consolidación de la decadencia y de la miseria personal de la comunidad.

En los hechos, para Anaya, el pasajero debe soportar estoicamente el daño. Una segunda lectura lleva a justificar el inacabado descenso en la calidad de vida de la comunidad.

Sin embargo los tribunales, en forma cada vez más uniforme, desechan el argumento de la imprevisibilidad y/o la inevitabilidad. Los hechos de vandalismo son habituales y el daño a los pasajeros es perfectamente evitable.

El fundamento es ya sobreabundante. Pero no quiero pasar por alto que, adicionalmente, el pasajero es usuario de un servicio público. Y, como tal, protegido por las normas tuitivas del derecho del consumo. Es acreedor, aún con más generalidad, a un crédito de seguridad (art. 42 de la Constitución nacional y ley 24.240).

En consecuencia, por no haberse acreditado una circunstancia eximente que liberara a las accionadas de responsabilidad con relación al hecho estudiado, propondré el rechazo de los agravios respecto de la responsabilidad, y confirmar lo decidido por la magistrada de grado.

III.

Habiéndose tratado el agravio relativo a la responsabilidad endilgada en autos, corresponde el tratamiento de los rubros cuestionados.

Incapacidad física y daño psíquico:

En la sentencia, se fijó por este ítem una partida indemnizatoria de $250.000.

Las accionadas se agraviaron respecto del monto concedido en esta partida, por entender que resulta excesivo en relación a la prueba producida y que el sentenciante no brinda fundamentos claros de sus decisiones. Respondo que tampoco brinda la demandada fundamento claro a la calificación de arbitrariedad.

En su informe de fs. 178/180 la perita médica traumatóloga D K realiza un breve racconto de los hechos en los cuales L G V sufrió traumatismo nasal, sangrado intenso y rarefacción ósea. Informó que al momento de realizarse la pericia el joven presentaba una leve desviación del tabique nasal, dolor en la región derecha a la movilización activa del cuello hacia la derecha, dolor a la palpación del músculo trapecio derecho, a la palpación de apófisis a nivel C5, a la palpación del tabique nasal y palpación de tumoración sobreelevado en tabique nasal. Agregó que de la evaluación otorrinolaringológica se informa una leve desviación septal que no compromete su vía respiratoria. Concluyó su diagnóstico detallando que el actor sufrió un traumatismo nasal con desplazamiento del tabique nasal. Y que, como consecuencia, presenta dolor a la palpación del tabique, desviación del eje hacia la izquierda son alteración de las vías respiratorias, a lo cual le corresponde una incapacidad parcial del 7%.

La recurrente requirió aclaraciones a la perito, que fueron contestadas a fs. 188/189 mediante las cuales la perito reiteró que la lesión producida le produjo al actor una incapacidad parcial y permanente del 7% T.O según baremos para el fuero civil.

Por su parte la perita psicóloga E I C presentó la pericia que se encuentra agregada a fs. 70/73. La experta manifestó que el joven V "transita la adolescencia con inmadurez emocional (...) con apatía emocional, dificultad para vincularse emocionalmente, retraimiento, sentimientos de inseguridad e inferioridad, impulsividad e irritabilidad, inhibición del pensamiento, confusión y tristeza. Si bien estas características se corresponderían con la etapa evolutiva que atraviesa, no es menos cierto que el hecho de marras influye considerablemente en la profundización de estas agravando de ese modo su manifestación y afectación en la vida del peritado". "A partir del impacto en su rostro el joven L se aísla de su entorno de pares y se refugia en un profundo retraimiento que afecta su identidad sexual con dificultades para establecer vínculos que involucren los afectos". Concluyó la perita que el accidente de marras produjo un trastorno psíquico, arrojando un porcentaje de incapacidad del 15%. Esta incapacidad requiere de psicoterapia, que estimó en un tiempo relativamente apropiado como mínimo un año con frecuencia semanal.

A fs. 75/77 la parte demandada y citada impugnó la pericia. La experta contestó la impugnación a fs. 84/86, brindando un listado detallado de la batería de tests administrada al actor, aclarando que "además de las cicatrices en la cara este accidente deja el enorme impacto que tiene sobre esa identidad en construcción y esa personalidad en pedazos". Concluyó que el porcentaje del 15% es atribuido en base a la incapacidad determinada no considerada permanente, toda vez que se estima que con el correspondiente tratamiento psicoterapéutico la sintomatología tenderá a su remisión.

Todas estas consideraciones van en exceso al nulo esfuerzo recursivo de los demandados. Lo que se lee en el "segundo agravio" lejos está de ser una crítica concreta y razonada de la sentencia. A más de las (des)calificaciones hacia la sentencia solo se lee citas de jurisprudencia. Y, como es usual, en vez de demostrar el desacierto cuantitativo se limita a (des)calificar a la sentencia de arbitraria y cosas parecidas. Con eso no alcanza.

Es por todo ello, que dentro de este marco, apreciando la prueba producida y las características personales de la víctima, propondré confirmar la estimación de la juez de grado.

Gastos terapéuticos, médicos, de farmacia y de transporte

La recurrente manifiesta que no han sido debidamente probados los gastos en que incurrió el actor y que son reclamados mediante estas partidas (fijados en un total de $24.880; psicoterapia $17.280, médicos y de farmacia $3.600 y de traslados $4.000).

Sin perjuicio de ello, está jurisprudencialmente aceptado que, vistas las atenciones médicas acreditadas, estos gastos deben presumirse. Esta presunción ahora está establecida en el CCyC En efecto, la entidad de las afecciones padecidas por el actor vuelve innecesaria la efectiva comprobación de cada uno de los gastos en los que habría incurrido, tanto en lo que atañe a gastos médicos y farmacológicos, como traslados, que de hecho, son de difícil o imposible comprobación, y que la sentencia debe recoger para dar una real y cabal reparación a la víctima.

En cuanto al tratamiento psicológico, que de acuerdo a lo dictaminado por la perita de oficio debería ser de por lo menos un año con frecuencia semanal, si bien la experta no estimó el precio de cada sesión, es algo que la juez pudo estimar por su conocimiento en otras causas, coincida o no con lo solicitado por el actor, cuya cuantía entiendo ajustada.

Es por ello, que considero que deben rechazarse los agravios al respecto y confirmarse todas estas partidas.

Daño moral

La magistrada fijó este ítem en la suma de $50.000. Fue cuestionada por las accionadas la asignación y el monto de este rubro.

Como ya dijera en los capítulos indemnizatorios anteriores, en el particular, como consecuencia del incidente, el actor debe soportar secuelas de orden físico y psíquico (relativamente leves), a lo que se suma los imaginables sinsabores y molestias que injustamente trae aparejado ser víctima de un ataque así. Más aún, siendo menor de edad y estando solo en ese momento. Creo acertada la cuantificación.

Que sea un importe mayor al pedido no lo convierte en injusto o que deba sujetarse al límite de lo reclamado. Hemos dicho –lamentablemente en forma reiterada- que el teórico límite que podría imponerse en punto al daño moral debe obviarse cuando sabemos que los intereses a la nominal tasa activa del BNA ni siquiera cubren la inflación (ya ni sirven como "indexador" válido), máxime cuando no se capitaliza (lo usual). Solo a título de ejemplo, en el segundo semestre de 2020 y el primero de 2021 la inflación superó el 50% y los intereses algo inferiores al 40%. La brecha es enorme.

V.- Intereses.

La Sra. Jueza estableció que todas las partidas devengasen intereses conforme tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a treinta días del Banco de la Nación Argentina desde el hecho (4/11/2013).

Las accionadas se agraviaron respecto de la tasa de interés establecida, por cuanto ello implicaría un enriquecimiento ilegitimo del accionante en desmedro de los obligados al pago; y que, toda vez que en la sentencia se establecieron las indemnizaciones a valores actuales, la aplicación de la tasa activa implicaría una doble actualización de los montos.

Como ya he dicho en reiteradas oportunidades, citando a mi colega Dra. Mabel de los Santos, la sentencia es una unidad lógica jurídica. Como tal, no puede escindirse solo por aplicar mecánicamente un criterio de ponderación de la renta.

Entonces, si la jueza de grado calcula capital más intereses a tasa activa es justo y coherente que del mismo modo lo haga el tribunal de apelación. Además, discrepando con la asegurador, no considero que la suma de capital más intereses constituya un enriquecimiento indebido de quien ha sufrido un grave infortunio como el estudiado en este expediente.

Por ello, propondré la confirmación de la tasa de interés aplicada.

En síntesis propongo al acuerdo confirmar la sentencia en todo lo que decide y fue materia de agravios, con costas de alzada a las accionadas.

Por razones análogas a las del Dr. Liberman, la Dra. Iturbide y la Dra. Pérez Pardo votan en el mismo sentido.

Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, de octubre de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación de que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia, con costas de alzada a cargo de los demandados.

a) Conocemos de la apelación deducida el 11/03/2020 por la perito psicóloga por sí, contra la regulación practicada en la sentencia de grado, con iguales pautas arancelarias que el "a-quo", no cuestionadas por los interesados.

Sin perjuicio se debe dejar constancia que este Tribunal viene sosteniendo que cuando los trabajos profesionales fueron desarrollados antes de la entrada en vigencia de la ley 27.423 (B.O. 22/12/17) y la observación del PEN efectuada al art. 64 y otros concordantes de dicha ley (ver Dec. 1077/17 del 21/12/17), la cuestión debe examinarse a la luz de las pautas arancelarias previstas en la ley 21.839, texto según ley 24.432.- Ello conforme lo normado por el art. 7 del Código Civil y Comercial de la Nación y la doctrina sentada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en autos "Establecimiento Las Marías SACIFA c/ Provincia de Misiones s/ acción declarativa", del 04-09- 18.

Por ello y dada la fecha de realización de las tareas, tanto la tercer etapa del proceso como los emolumentos de la perito médica debieron regularse bajo la égida de la ley 27.423.

b) Valoramos el monto comprometido en el asunto que surge de la condena de autos ($ 324.880), con sus respectivos intereses según lo dictaminado en la instancia de grado desde el siniestro 04/11/2013, lo normado por los arts. 13 de la ley 24.432, 478 del Código Procesal y labor desarrollada por la experta.

Por reducidos los $ 15.000 correspondientes a la perito psicóloga Lic. E I C, por sus informes del 07/09/16 y 26/09/16, se los eleva a la suma de setenta y cinco mil pesos ($ 75.000).

c) Por los trabajos en alzada que dieron lugar a la presente y, lo preceptuado por los arts. 1, 3, 16, 19, 29, 30, 51 y ccs. de la ley 27.423, regúlanse los honorarios de los Dres. L C, patrocinante de la actora, en la suma de diez U.M.A. (10 UMA), hoy sesenta y un mil seiscientos pesos ($ 61.600) y M A T, letrado apoderado de la demandada y citada, en la de ocho U.M.A. (8 UMA), hoy cuarenta y nueve mil doscientos ochenta pesos ($ 49.280).- Todo de conformidad con la Acordada 21/2021 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Víctor F. Liberman. — Marcela Pérez Pardo. — Gabriela A. Iturbide.*

El deber de seguridad y sus alcances en el marco de una relación de consumo entablada entre el usuario y la empresa de transporte de pasajeros

Santiago J. Peral (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El fallo "V. L. G. c. Transportes La Perlita SA".— III. El encuadre jurídico.— IV. El alcance del deber legal de seguridad y su aplicación al fallo en comentario. El deber de prevención de daños.— V. Conclusión.

I. Introducción

En un fallo dictado en fecha 14/10/2021 por la "Sala L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil en los autos caratulados: "V. L. G. c. Transportes La Perlita SA s/ daños y perjuicios" **(1)**, el Tribunal consideró que correspondía confirmar en su totalidad la sentencia dictada por la Jueza de grado, por la que se condenó a una empresa que se dedicaba al transporte de pasajeros a resarcir los daños patrimoniales y extrapatrimoniales sufridos por un pasajero como consecuencia de haber recibido el impacto a través de una ventada de una piedra en su tabique nasal, hecho que le provocó diversas lesiones para cuyo resarcimiento promovió la acción judicial.

En el referido precedente jurisprudencial se confirmó la sentencia de primera instancia en la cual se enmarcó la cuestión en la órbita de la responsabilidad contractual del transportista, la ley 24.240 (en adelante LDC) y el art. 42 de la CN para hacer lugar a la demanda condenando a la empresa demandada a indemnizar los daños patrimoniales y extrapatrimoniales ocasionados al actor.

Cabe adelantar que no obstante compartir en lo sustancial lo resuelto por el juzgado de primera instancia y confirmado por la sentencia dictada por el Tribunal de Alzada, en el presente comentario se hará referencia además a otros fundamentos jurídicos que pese a no haber sido mencionados por la resolución de fecha 14/10/2021 se considera que contribuyen a reforzar aún más el sustento jurídico de lo resuelto en el caso concreto.

Por último, cabe decir que el análisis que se propone del fallo se centrará puntualmente el enfoque en torno al deber legal de seguridad, obligación legal que deben cumplir los proveedores de bienes y servicios en el marco de toda relación de consumo (art. 42, CN y art. 5°, LDC) y en la interpretación y aplicación de sus alcances en el caso concreto.

(*) Abogado (UNSTA). Máster en Derecho Empresario (U. Austral). Profesor auxiliar de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia (UNT). Jefe de Trabajos Prácticos en Derecho Civil III Contratos (UNSTA). Profesor de Derecho del Consumidor y Defensa de la Competencia en la Maestría de Derecho Empresario (UNSTA). Autor y coautor de libros y de publicaciones en revistas jurídicas sobre temáticas vinculadas al Derecho del Consumidor. Abogado litigante en la provincia de Tucumán.

(1) CNCiv., Sala L, "V. L. G. c. Transportes La Perlita SA s/ daños y perjuicios", Expte. N° 19.479/2015. Sentencia de primera instancia dictada por el Juzgado N° 40.

II. El fallo "V. L. G. c. Transportes La Perlita SA"

El fallo de la Sala L de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil se dicta como consecuencia de un recurso de apelación interpuesto por las accionadas (transportadora y aseguradora) en contra de la sentencia dictada por la Jueza de primera instancia en fecha 10/03/2020 que resolvió hacer lugar a la demanda de daños y perjuicios interpuesta en contra de la empresa transportista, enmarcando la cuestión en la órbita de la responsabilidad contractual del transportista, aplicando el art. 184 del Cód. de Comercio y art. 1198 del Cód. Civil —vigentes al momento del siniestro y concordantes con los actuales arts. 1280; 1286 y 1288 del Cód. Civ. y Com.—, la ley 24.240 y el art. 42 de la CN.

En concreto, cabe decir que la sentencia de grado resolvió hacer lugar a la demanda fijado las partidas indemnizatorias del siguiente modo: incapacidad física y daño psíquico: $250.000; gastos terapéuticos: $17.280; gastos médicos y de farmacia: $3.600; gastos de traslado: $4.000 y daño moral: $50.000, fijando los intereses conforme a lo establecido por la doctrina plenaria sentada por la Cámara Nacional Civil de Apelaciones en los autos "Samudio de Martínez, Ladislaa c. Transportes Doscientos Setenta SA s/ daños y perjuicios" del 20/04/2009.

Los agravios expresados por las accionadas versaron sobre la atribución de la responsabilidad, los montos indemnizatorios y los intereses establecidos. En particular y como argumento central los recurrentes manifestaron en su memorial de agravios que el hecho que motivó la acción judicial fue consecuencia de un acto vandálico de terceros por los cuales no deben responder.

Atento al tenor de los agravios esgrimidos por los recurrentes, el Tribunal consideró importante señalar, en primer lugar, que el porteador asume la obligación de transportar sano y salvo al pasajero desde que inicia el trayecto hasta su lugar de destino (art. 184 del entonces vigente Cód. de Comercio, receptado por los arts. 1280; 1286; 1288 y siguientes del actual Cód. Civ. y Com.). De tal manera, el pasajero que sufre un daño interín solo carga con la prueba de su condición de tal y debe acreditar la relación de causalidad entre ese daño y el transporte. Remarcó la Alzada que la norma citada impone al transportista el pleno resarcimiento de los daños y perjuicios, relevándolo de tal obligación cuando acredite que el accidente provino de fuerza mayor, o sucedió por culpa de la víctima o de un tercero por quien no sea civilmente responsable.

Adicionalmente, agrega la sentencia que el vínculo entre el transportador y el pasajero constituye una típica relación de consumo, razón por la cual el art. 184 del Cód. de Comercio, se integra con el art. 42 de la CN y la LDC, que consagran el derecho de seguridad de los consumidores y usuarios.

El fallo en comentario resaltó que en autos se encuentra fuera de discusión la calidad de pasajero del joven actor y la ocurrencia y circunstancias del hecho que produjo las lesiones. Además, se señaló que la demandada se limitó a negar la ocurrencia del hecho y en subsidio manifestó que la piedra habría sido arrojada desde afuera del colectivo mientras estaba detenido en la parada correspondiente. No obstante ello, el Tribunal consideró que a la luz de las probanzas producidas en autos se acreditó que el hecho ocurrió en una zona en la que este tipo de sucesos de vandalismo no eran aislados. Es decir, al menos, eran previsibles, es por ello que acreditada la frecuencia de este tipo de sucesos, la sentencia consideró que lo alegado por las accionadas no alcanza para configurar una circunstancia eximente de responsabilidad, pues no se acreditó que el piedrazo revistiera las características del "caso fortuito", dada que la frecuencia de hechos de este tipo en la zona los torna previsibles, y por ende, se debió adoptar las medidas de seguridad tendientes a evitar accidentes como el de marras, o de lo contrario, atenerse a las consecuencias indemnizatorias.

En el mismo sentido, continuó afirmando la sentencia que, si bien la empresa de transporte no es la encargada de la prevención de delitos, tiene frente al pasajero una obligación objetiva de seguridad de transportarlo sano y salvo al lugar de destino. Es por ello por lo que se consideró que el acto vandálico analizado no puede ser considerado como eximente de responsabilidad cuando resulta notoria su reiteración, al menos en la época en que sucedieron los hechos. Por

ello, mal puede ser identificado como imprevisible e inevitable (que son las cualidades del caso fortuito).

Asimismo, el fallo consideró que la demandada podría haber adoptado las medidas tendientes a asegurar el correcto traslado de sus pasajeros a destino, evitando la ocurrencia de hechos como el de autos y que si bien no es el juzgador quien debe examinar qué medidas podría haber adoptado la transportista para evitar hechos de esta naturaleza, lo cierto es que la demandada no produjo prueba alguna a efectos de intentar demostrar su pericia al respecto (CNCiv., Sala G, *in re* "Angul, Diego c. La Vecinal de Matanza", 11/07/2007).

Añadió el Tribunal de Alzada que el máximo tribunal bonaerense ha sostenido que hay responsabilidad de la empresa de colectivos por no tomar medidas de seguridad ante la proliferación de actos vandálicos (ver: SCBA por unanimidad, 22/12-10, "Eiras c. Compañía Microomnibus La Colorada"; JA, 2011-II-877), afirmándose que los daños causados por piedras arrojadas desde el exterior hacia un ómnibus no constituyen un hecho irresistible que excluya la responsabilidad del transportista, habida cuenta de la asiduidad con la que ocurren este tipo de hechos vandálicos.

Además, cabe destacar que la sentencia en comentario efectúa un análisis axiológico de las circunstancias fácticas y jurídicas que motivaron la acción judicial interpuesta por el joven pasajero. En este sentido afirma el fallo que sostener una postura que permita eximir de responsabilidad al transportista ante este tipo de daños ocasionados por actos de vandalismo, tiende hacia una consolidación de la decadencia y de la miseria personal de la comunidad, puesto que implicaría sostener que el pasajero debe soportar estoicamente el daño, justificando así el inacabado descenso en la calidad de vida de la comunidad.

No obstante lo afirmado *ut supra*, resalta también la sentencia que afortunadamente en forma cada vez más uniforme, los tribunales desechan el argumento de la imprevisibilidad y/o la inevitabilidad. Los hechos de vandalismo son habituales y el daño a los pasajeros es perfectamente evitable. Se afirma así que el fundamento es ya sobreabundante, sin que deba pasarse por alto que, adicionalmente, el pasajero es usuario de un servicio público y, como tal, protegido por las normas tuitivas del derecho del consumo, lo que lo transforma en acreedor de un crédito de seguridad (art. 42, CN y ley 24.240).

En consecuencia, por no haberse acreditado una circunstancia eximente que liberara a las accionadas de responsabilidad con relación al hecho estudiado, procede el Tribunal de Alzada a rechazar los agravios respecto de la responsabilidad y confirmar lo decidido por la magistrada de grado.

III. El encuadre jurídico

Tal como fuera expresado en el fallo dictado por la Sala L de la CNCiv., la Jueza de grado a los fines resolver el caso enmarcó jurídicamente la cuestión en la órbita de la responsabilidad contractual del transportista mediante la aplicación del art. 184 del Cód. de Comercio y art. 1198 del Cód. Civil vigentes al momento del siniestro, así como también en la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el art. 42 de la CN.

En este sentido cabe decir que en el caso resuelto por la sentencia en comentario se configuró una relación contractual de consumo entre el pasajero y la empresa transportista, persona jurídica privada que intervino en esa relación jurídica contractual en su carácter de concesionaria del servicio público de transporte de pasajeros. Es por ello por lo que la magistrada de grado y también el Tribunal de Alzada enfocaron la cuestión en la órbita de la responsabilidad contractual del transportista, mediante una aplicación en forma integrada con las normas tuitivas que emanan del microsistema protectorio de los consumidores y usuarios.

La protección de los usuarios y consumidores debe ser pensada desde una perspectiva relacional o contextual **(2)**. El surgimiento y pos-

(2) Ver. HERNÁNDEZ, Carlos A., en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), "Tratado de Derecho del Consumidor", La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 383; FARINA, Juan Manuel, "Defensa del consumidor y del usuario. Comentario exegético de la ley 24.240 y del decreto reglamentario 1798/1994", Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 116 y ss.; LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2003, p. 81 y ss.

terior desarrollo del derecho del consumidor ha estado signado por la centralidad de la noción de consumidor; no obstante, el concepto de proveedor aparece unido indisolublemente a aquella, constituyendo —por oposición— su contrapunto necesario. En efecto, no puede ignorarse que el fundamento último del régimen tutelar del consumidor reside en la vulnerabilidad que los afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido preponderantemente por la actividad de los empresarios o profesionales **(3)**.

La construcción contextual o relacional queda expresada claramente en nuestro Derecho positivo, el cual declara que tipo de protección se dispensa en el ámbito de la relación de consumo, como lo demuestran las normas constitucionales e infraconstitucionales dedicadas a ella, entre las cuales sobresale el art. 42 de la CN —reformada en el año 1994—, en cuanto afirma que "[l]os consumidores y usuarios de bienes y servicios tienen derecho, en la relación de consumo, a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos, a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno". Es comprensible que ello sea así, toda vez que, se prioriza la noción de "relación" por sobre la de "contrato", con un propósito similar al existente en el Derecho Laboral **(4)**.

Por todo lo dicho, la relación de consumo se constituye en la noción articuladora de la protección constitucional y legal (conf. arts. 42, CN; 1092, Cód. Civ. y Com. y 3°, ley 24.240), que no solo sirve para la delimitación del ámbito de aplicación del régimen, sino también, para aportar el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo **(5)**.

Teniendo en cuenta las precisiones formuladas precedentemente, debe entenderse que el vínculo jurídico entre consumidor y proveedor, calificado como relación de consumo, puede tener principalmente como fuentes a los comportamientos o prácticas, actos jurídicos unilaterales, actos ilícitos y contratos **(6)**. En este sentido calificada doctrina ha sostenido con precisión que "[l]a relación de consumo se individualiza por el mero contacto social entre proveedor y consumidor o usuario, en los términos que fija la propia ley 24.240, no siendo necesaria la existencia o subsistencia de un vínculo contractual" **(7)**.

En el caso concreto, no caben dudas que el pasajero del transporte público revestía el carácter de consumidor por encuadrar en la noción de consumidor establecida por el art. 1° de la LDC, con la última modificación introducida por ley 26.994, y por el art. 1092 del Cód. Civ. y Com.

La LDC en su art. 1° establece: "La presente ley tiene por objeto la defensa del consumidor o usuario. Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social".

Las diferencias entre lo dispuesto en las normas citadas son mínimas. Una responde a que el art. 1092, Cód. Civ. y Com. incluye en el primer párrafo a la relación de consumo, cuestión que en la ley especial surge del art. 3°. En orden a la categoría de consumidor la única diferencia

(3) Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos A., en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), "Tratado de Derecho del Consumidor", ob. cit., t. I, p. 384.

(4) SOZZO, Gonzalo, "Daños sufridos por consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)", en Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2002-1, p. 560; HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, "Régimen de responsabilidad por daños en el estatuto de defensa del consumidor", RCyS, 2004, p. 178.

(5) FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la material contractual", JA, 2008-II-1213; HERNÁNDEZ, Carlos A., "La noción de consumidor y su proyección sobre la legitimación para accionar", DPyC, 2009-1, p. 259.

(6) LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", ob. cit., p. 74.

(7) Cfr. HERNÁNDEZ Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, "Las exigencias de seguridad en las relaciones de consumo", en Suplemento Especial Obligación de Seguridad 2005 (septiembre), p. 21.

—que no reviste significación práctica— reside en la terminología con la que se alude a las personas comprendidas. El Cód. Civ. y Com. habla de "persona humana" mientras que la ley sigue refiriendo a "persona física" **(8)**.

En función de lo señalado *ut supra*, surge evidente que la noción de consumidor que proponen el Cód. Civ. y Com. y la LDC se vale de la idea de destinatario final de bienes o servicios como elemento estructural de la caracterización **(9)**. De conformidad con ello, la categoría de consumidor sigue organizada desde la perspectiva económica de consumo. Esto significa que hay acto de consumo cuando el producto o servicio es retirado del mercado, agotándose su valor económico —o lo que es igual situándolo fuera de la cadena de valor— pues no se lo vuelve a reinsertar en el proceso de elaboración de bienes o de prestación de servicios. Esa idea es completada con la exigencia de que el bien o servicio sea utilizado para uso privado, familiar o social, la cual excluye el destino a una actividad empresarial **(10)**.

A la luz de los argumentos jurídicos señalados precedentemente, se puede sostener que el encuadre jurídico brindado por el fallo en comentario fue el correcto, puesto que el pasajero del colectivo contrató la prestación de un servicio público de transporte como destinatario final, convirtiéndose en acreedor en el marco de dicha relación jurídica de la protección especial y acentuada que brinda el estatuto consumeril, con las consecuentes obligaciones legales de orden público que recaen sobre la empresa transportista en su carácter de proveedora, entre las que se encuentra la obligación de seguridad (art. 42, CN; art. 5°, LDC).

Mención especial merece el análisis efectuado por el fallo respecto de la figura del "caso fortuito", el que fue llevado a cabo a fin de rechazar los agravios expresados en contra del pronunciamiento de primera instancia. Concretamente los recurrentes manifestaron que el daño se produjo como consecuencia de un hecho vandálico de un tercero por el cual no debían responder, haciendo alusión a la supuesta configuración de un caso fortuito.

Al respecto, la Cámara consideró que se acreditó en el proceso a través de las declaraciones de testigos que el hecho dañoso ocurrió en una zona en la que ese tipo de hechos de vandalismo no eran aislados. Es decir, al menos, eran previsibles. Entonces, acreditada la frecuencia de ese tipo de sucesos, se consideró que lo alegado por las recurrentes no resultaba suficiente para configurar una circunstancia eximente de responsabilidad, al no acreditarse que el piedrazo revistiera las características del "caso fortuito", dada la frecuencia de hechos de ese tipo en la zona, que los tornaba previsibles, razón por la cual se debieron adoptar las medidas de seguridad tendientes a evitar accidentes como el acaecido en el caso concreto.

Respecto de esta cuestión particular cabe traer a consideración lo dispuesto por el art. 1730 del Cód. Civ. y Com., que en su parte pertinente establece: "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...".

El caso fortuito o de fuerza mayor se presenta como un acontecimiento imprevisible o inevitable, exterior —en su caso— al riesgo de la cosa o la actividad, y que no tiene por antecedente una culpa del damnificado. El caso fortuito produce un quiebre total de la relación causal entre el he-

(8) Cfr. HERNÁNDEZ, Carlos A., en STIGLITZ, Gabriel - HERNÁNDEZ, Carlos A. (dirs.), "Tratado de Derecho del Consumidor", ob. cit., t. I, p. 417.

(9) El criterio también se consagra expresamente en ocasión de la definición de contrato de consumo que brinda el art. 1093 del Cód. Civ. y Com.: "Contrato de consumo. Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social".

(10) Cfr. FRUSTAGLI, Sandra A. - HERNÁNDEZ, Carlos A., "Primeras consideraciones sobre los alcances de la reforma a la Ley de Defensa del Consumidor, con especial referencia a la material contractual", JA, 2008-II-1213. Ver también: RUSCONI, Dante, "Manual de Derecho del Consumidor", Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, cap. 4, punto 2.1.3.

cho del agente y el daño, y por esa razón libera totalmente de responsabilidad **(11)**.

Al igual que lo hacían los arts. 513 y 514 del código derogado, el Cód. Civ. y Com. emplea como sinónimos los términos "caso fortuito" y "fuerza mayor", con lo cual, en el derecho argentino, ambos producen los mismos efectos. En ambos casos, se está haciendo referencia a la misma cosa: el caso fortuito o fuerza mayor es un hecho que, por resultar imprevisible o inevitable, fractura totalmente la cadena causal y se constituye en la verdadera causa adecuada de los daños sufridos por la víctima **(12)**.

La doctrina señala que la inevitabilidad es el carácter más importante de esta eximente, dado que, en puridad, también la imprevisibilidad desemboca en él. Un hecho que no ha podido preverse tampoco ha podido lógicamente evitarse. E incluso si aquel hubiera sido previsto, constituiría un caso fortuito si pese a ello no ha podido ser evitado. Es preciso, entonces, que el hecho constituya un obstáculo invencible, que el agente no puede vencer o superar **(13)**.

En el caso concreto, cabe decir que se comparte plenamente lo resuelto por el Tribunal en lo atinente a la consideración de que el hecho de vandalismo que lesionó al actor resultaba ser un hecho previsible, atento a la frecuencia con que ese tipo de circunstancias se producían a la época de acaecimiento de los hechos. Sin perjuicio de ello, cabe agregar que en el supuesto de considerarse que el hecho de vandalismo fuera imprevisible, razonablemente puede sostenerse que atento al deber de seguridad y de prevenir daños (art. 1710, Cód. Civ. y Com.) que recaía sobre la empresa transportista, esta debió adoptar las medidas necesarias e idóneas a fin de evitar que se produjeran daños severos sobre sus pasajeros como consecuencia de roturas de ventanas, lo que no aconteció en el caso concreto.

(11) PICASSO, Sebastián, en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 2015, t. VIII, p. 433.

(12) Ibidem, p. 434.

(13) Ibidem, p. 435.

IV. El alcance del deber legal de seguridad y su aplicación al fallo en comentario. El deber de prevención de daños

La sentencia dictada por la Sala L de la CNCiv. hizo hincapié en que, en el caso de marras en virtud de configurarse una relación de consumo, la empresa proveedora del servicio público de transporte de pasajeros tenía que cumplir con el deber legal de seguridad, el cual se encuentra consagrado en el art. 42 de la CN y el art. 5° y concordantes de la LDC.

El art. 5° de la LDC establece al respecto: "Protección al consumidor. Las cosas y servicios deben ser suministrados o prestados en forma tal que, utilizados en condiciones previsibles o normales de uso, no presenten peligro alguno para la salud o integridad física de los consumidores o usuarios".

De la referida norma surge el deber de seguridad que recae sobre los proveedores de bienes y servicios en el marco de una relación de consumo y en virtud del cual estos se encuentran obligados a adoptar todas las medidas que resulten razonables y se encuentren a su alcance, a los fines de garantizar que el consumidor o usuario no sufrirá daños a su salud, integridad psicofísica o patrimonio en el marco de una relación de consumo.

Se ha dicho que el art. 5° de la LDC consagra claramente un deber de seguridad, cuyo incumplimiento origina responsabilidad objetiva en el prestador **(14)**.

Asimismo, cabe señalar que el art. 42 de la CN reconoce como derecho básico sustancial, el derecho a la seguridad que es una prolongación, hasta la figura del consumidor, de la garantía de la integridad psicofísica del género humano (desde su vida hasta la salud, incluyendo la salubridad del medio ambiente y la prevención de todo tipo de daños) **(15)**.

(14) Cfr. WAJNTRAUB. Javier H., "Análisis exegético de la ley", en MOSSET ITURRASPE, Jorge - WAJNTRAUB, Javier H., Ley de Defensa del Consumidor Ley 24.240, Rubinzal Culzoni, p. 75. Cita en CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 276.

(15) Cfr. STIGLITZ, Gabriel, "Los derechos de los consumidores en la Constitución Nacional", en STIGLITZ -

Existe un fuerte interés social en garantizar la seguridad de los bienes que se comercializan como una forma de resguardar el derecho a la salud de los consumidores, y en miras de afianzar también su calidad de vida. El tema es considerado en el art. 42 de la CN que reconoce el derecho de los consumidores a la seguridad en el marco de la relación de consumo. Por su parte, las normas infraconstitucionales despliegan un adecuado programa protectorio que atiende de manera integrada a los intereses patrimoniales y extrapatrimoniales de aquellos. La LDC, especialmente después de sus sucesivas reformas, cuenta con valiosos instrumentos: la obligación de seguridad en sentido estricto (art. 5°); el deber de advertencia (art. 6°) **(16)** y la responsabilidad por el vicio o riesgo de la cosa comercializada o por el servicio prestado (art. 40, reincorporado por la ley 24.999). Además, el dec. regl. 1798/1994 de la LDC, extiende las proyecciones del deber de advertencia (art. 4°) **(17)**.

En el contexto normativo actual, la obligación de seguridad puede existir con independencia de la celebración de contrato alguno cuando pueda identificarse una relación de consumo. En este último supuesto asume el carácter de una obligación autónoma de fuente legal, derivada del principio informador emergente de la cláusula constitucional de protección de los consumidores **(18)**. La noción de relación de consumo determina el ámbito en el cual puede identificarse la actuación de la obligación de seguridad, de modo que será exigible cuando aquella sea reconocida **(19).**

En este sentido, resulta indudable que el microsistema protectorio prioriza la noción de relación por sobre la de contrato, a fin de incluir todas aquellas situaciones fácticas en las cuales las personas quedan expuestas a las prácticas y comportamientos empresariales desplegados en el mercado de bienes y servicios, situadas fuera del contrato, aunque próximas o encaminadas a promover e inducir al consumo.

El criterio afirmado en el párrafo precedente ha sido el sostenido por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el reconocido fallo: "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", del 6 de marzo de 2007, donde se sostuvo que "...la seguridad debe ser garantizada en el período precontractual y en las situaciones de riesgos creadas por los comportamientos unilaterales, respecto de sujetos no contratantes. Cada norma debe ser interpretada conforme a su época, y en este sentido, cuando ocurre un evento dañoso en un espectáculo masivo, en un aeropuerto o en un supermercado, será difícil discriminar entre quienes compraron y quiénes no lo hicieron, o entre quienes estaban adentro del lugar, en la entrada, o en los pasos previos. Por esta razón es que el deber de indemnidad abarca toda la relación de consumo, incluyendo hechos jurídicos, actos unilaterales o bilaterales" **(20)**.

La jurisprudencia ha tenido posibilidad de pronunciarse en casos similares al caso en comentario, en precedentes en los cuales se ha analizado el alcance del deber de seguridad a la luz de la normativa consumeril y dicha obligación legal ha sido tenida en cuenta para resolver supuestos de muy diversa índole **(21)**: 1) accidentes al acceder o descender de un vagón de

HERNÁNDEZ, Tratado de Derecho del Consumidor, La Ley, Buenos Aires, 2015, t. I, p. 368.

(16) Cfr. VÁZQUEZ FERREYRA, Riberto y ROMERA, Oscar, "Protección y defensa del consumidor, Ley 24.240, p. 29", Depalma, Buenos Aires, 1994; FARINA, Juan Manuel, "Defensa del Consumidor y del usuario", Astrea, Buenos Aires, 2004, 3ª ed. actualizada y ampliada, p. 179; RINESSI, Antonio Juan, "El deber de seguridad", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2007.

(17) HERNÁNDEZ, Carlos A. - FRUSTAGLI, Sandra, en PICASSO - VÁZQUEZ FERREYRA (dirs.), Ley de Defensa del Consumidor Comentada y Anotada, La Ley, Buenos Aires, 2009, t. I, ps. 73 y 74.

(18) Cfr. LOVECE, Graciela, Daños derivados de la violación del deber de seguridad, en GHERSI, Carlos (dir.) - WEINGARTEN, Celia (coord.), Tratado de daños reparables, La Ley, Buenos Aires, 2008, t. II, Parte Especial, p. 90.

(19) Cfr. LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", ob. cit., p. 400.

(20) CSJN, 06/03/2007, "Mosca, Hugo A. c. Provincia de Buenos Aires y otros", Fallos 330:563.

(21) Puede consultarse un extenso catálogo de precedentes jurisprudenciales referidos a la interpretación de los alcances del deber de seguridad en CHAMATRÓPULOS, Demetrio Alejandro, "Estatuto del Consumidor Comentado", La Ley, Buenos Aires, 2016, t. I, p. 288 y ss.

subterráneo **(22)**; 2) caída de una persona que viajaba en el estribo de un tren **(23)**; 3) lesión de una pasajera de tren como consecuencia del impacto producido en un ojo por una piedra lanzada desde afuera del transporte **(24)**; 4) daños al intentarse acceder a un vagón de subterráneo **(25)**; 5) caída en escalera excesivamente encerada en una estación de subterráneo **(26)**; 6) caída en rampa de estación ferroviaria excesivamente inclinada **(27)**; 7) asalto a pasajero de tren por un grupo de personas que viajaba en la misma formación **(28)**; 8) caída de pasajero de colectivo al subirse a él en movimiento **(29)**, entre muchos otros.

Lo señalado precedentemente nos conduce también a hacer referencia a la prevención del daño, como una de las funciones de la responsabilidad civil consagradas en el Cód. Civ. y Com., puesto que el deber legal de seguridad consagrado en el art. 42 de la CN de alguna manera conlleva la obligatoriedad de adopción de distintas medidas tendientes a prevenir daños, cumpliéndose con el principio general *alterum non laedere* positivizado en el art. 1710, Cód. Civ. y Com.

El art. 1710 del Cód. Civ. y Com. establece: "Deber de prevención del daño. Toda persona tiene el deber en cuanto de ella dependa, de: a) evitar causar un daño no justificado; b) adoptar, de buena fe y conforme las circunstancias, las medidas razonables para evitar que se produzca un daño, o disminuir su magnitud; si tales medidas evitan o disminuyen la magnitud de un daño del cual un tercero sería responsable, tiene derecho a que este le reembolse el valor de los gastos en que incurrió, conforme a las reglas del enriquecimiento sin causa; c) no agravar el daño, si ya se produjo".

La doctrina afirma al respecto: "La prevención o anticipación del daño consiste en un nuevo paradigma del derecho privado, un principio general del derecho, que importa la reglamentación legal e infraconstitucional de los principios constitucionales de no dañar a otro (art. 19, CN) y de los derechos a la seguridad en la relación de consumo y a la solución preventiva de conflictos de los consumidores y usuarios (art. 42, CN)" **(30)**.

Consiste la prevención del daño en el deber general de actuar, por acción u omisión, que recae en toda persona para evitar la producción de un daño amenazante, el cese del daño en curso, o para impedir su agravamiento disminuyendo la magnitud o extensión, temporal y espacial, de sus consecuencias nocivas **(31)**.

Tal como se manifestó anteriormente, y sin perjuicio de estar de acuerdo en términos generales con lo resuelto por la Tribunal de Alzada en el caso en comentario, se considera que hubiera sido recomendable que la resolución hiciera referencia entre sus fundamentos jurídicos al deber de prevención del daño o a la función preventiva de responsabilidad civil, puesto que constituye un argumento más para atribuir responsabilidad a la empresa de colectivos por los daños sufridos por el actor. Ello en virtud de que la accionada no acreditó haber adoptado medidas necesarias o idóneas para evitar un hecho dañoso cuya ocurrencia resultaba previsible,

(22) CSJN, "Ledesma, María Leonor c. Metrovías SA", 22/04/2008, Fallos 331:819.

(23) CSJN, "Montoya, Mauricio Javier c. Transportes Metropolitanos General San Martín SA y otros s/ daños y perjuicios", 26/03/2013, LA LEY del 18/04/2013.

(24) CSJN, "Maules, Cecilia Valeria c. Unidad de Gestión Operativa de Emergencias SA s/ daños y perjuicios", 11/12/2014, LA LEY del 18/2/2015, p. 9.

(25) CNCiv., Sala M, "Saldívar, Federico Reynaldo c. Metrovías SA", 08/09/2010, Cita online: TR LALEY AR/JUR/61667/2010.

(26) CNCiv., Sala J, "Hudson, Diego Adrián c. Metrovías SA", 29/10/2010, Cita online: TR LALEY AR/JUR/65170/2010.

(27) CNCiv., Sala L, "Garay, Josefa Teodocia c. Trenes de Buenos Aires s/daños y perjuicios", 11/08/2011, Cita online: TR LALEY AR/JUR/50931/2011.

(28) CNCiv., Sala F, "Ruiz, Daniel Ernesto c. Transportes Metropolitanos Gral. Roca SA s/daños y perjuicios", 24/04/2012, Cita online: TR LALEY AR/JUR/14052/2012.

(29) CNCiv., Sala L, "Oviedo, Karina Elizabeth c. López Eduardo s/daños y perjuicios", 15/07/2011, Cita online: TR LALEY AR/JUR/44975/2011.

(30) GALDÓS, Jorge M., "La teoría general de la prevención del daño", LA LEY del 27/10/2021, Cita online: TR LALEY AR/DOC/3020/2021, p. 1.

(31) Ibidem.

toda vez que el fallo correctamente ponderó que el hecho dañoso no configuró un caso fortuito.

No obstante que el hecho dañoso tuviera lugar con anterioridad a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., y pese a no encontrarse regulada la función preventiva de la responsabilidad civil en el Cód. Civil derogado, cabe señalarse que la referencia al deber de prevención del daño se podría haber efectuado de igual forma en la sentencia, toda vez que la doctrina y jurisprudencia mayoritaria desde antes de la entrada en vigencia del nuevo Código sostenían que el principio general de no dañar a otro encontraba sustento en el art. 19 de la CN.

Sin perjuicio de lo señalado en el párrafo precedente, se comparte en lo sustancial la decisión de la Alzada de confirmar el fallo de primera instancia debido a que llevó a cabo una adecuada interpretación de los alcances del derecho a la seguridad de los consumidores en el marco de las relaciones de consumo, teniendo particularmente presente la jerarquía constitucional de este derecho consagrado en el art. 42 de la CN.

V. Conclusión

En conclusión, puede decirse que la sentencia dictada por la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil con fundamentos jurídicos concretos resolvió el aspecto principal del caso de marras, el cual que giraba en torno a la atribución de responsabilidad por los daños sufridos por el actor a la empresa demandada.

Si bien la sentencia omitió hacer referencia a fundamentos jurídicos que se consideran de importancia, como ser la función preventiva de daños de la responsabilidad civil y el deber legal de no dañar al otro (art. 19, CN y art. 1710, Cód. Civ. y Com.), puede también válidamente sostenerse que al hacerse hincapié puntualmente en la resolución en el derecho a la seguridad consagrado en el art. 42 de la CN y en la LDC, en forma indirecta tuvo presente a la obligación legal de todo proveedor de adoptar las medidas necesarias a fin de evitar ocasionar daños a los consumidores y usuarios en el marco de una relación de consumo, de conformidad a lo exigido por el art. 1710 del Cód. Civ. y Com.

En razón de lo expuesto, y sin perjuicio de compartirse la decisión atribuir responsabilidad contractual a la empresa transportista por los daños sufridos por el actor, se considera que la sentencia pese a tratarse de un fallo muy reciente, omitió dejar plasmado en forma más notoria un adecuado diálogo de fuentes normativas conforme lo exigen los arts. 1° y 2° del Cód. Civ. y Com., circunstancia que indudablemente hubiera contribuido aún más para considerar que se trata de una resolución judicial razonablemente fundada conforme al derecho vigente (art. 3°, Cód. Civ. y Com.).

RELACIÓN DE CONSUMO

Uso irregular de la cuenta bancaria del consorcio. Falsificación de firmas. Existencia de relación de consumo entre el administrador y el consorcio de propietarios. Inexistencia de relación de consumo entre el administrador y cada copropietario. Rechazo de la demanda de daño punitivo y material. Disidencia.

Con nota de Marcelo C. Quaglia

1. — Entre el administrador y el ente consorcial existe la configuración fáctica de una relación de consumo, en la medida que se cumple lo previsto en los arts. 1º, 2º y 3º de la ley 24.240. En este caso es el consorcio el destinatario final de ese servicio; no siéndolo el propietario a título individual (del voto de la Dra. Macchiavelli Agrelo).

2. — Los administradores del consorcio prestan un servicio a un destinatario final: el consorcio de propietarios; y no hay razón para desconocer una relación de consumo entre estos, porque el consorcio no utiliza ese servicio en otra cadena de producción y los administradores tampoco son profesionales liberales, en tanto no están colegiados ni requieren título universitario para desempeñar su función. Por tanto, no se dan las excepciones previstas en el segundo párrafo del art. 2° de la ley 24.240 (del voto de la Dra. Macchiavelli Agrelo).

3. — A efectos de la existencia de una relación de consumo, la conducta reclamada en el caso —irregularidades en el uso de la cuenta bancaria del consorcio— no implica la utilización de un servicio en carácter de destinatario final por parte del copropietario (del voto del Dr. López Alfonsín).

4. — En principio, entre el consorcio como órgano y el administrador hay una relación de consumo, pero se deberá observar en cada caso particular si la prestación brindada por el administrador encaja en los términos de la normativa de consumo (del voto del Dr. López Alfonsín).

5. — El administrador presta diversos servicios, por lo que existen casos en que el copropietario puede ser encuadrado como consumidor en los términos de la ley 24.240, y no así en otros; ya que para que aquello suceda, debería haber gozado del servicio en carácter de destinatario final (del voto del Dr. López Alfonsín).

6. — Si el propietario, como parte de un grupo consorcial, considera que sufrió una afectación por la conducta de los demandados que había contratado —a través de la figura "consorcio"— y su individualidad como parte de aquel grupo, no puede ver impedido su derecho a reclamar el presunto daño. El grupo consorcial es un consumidor y, dentro de él, lo es quien lo integra para reclamar por lo que estime le causó un posible perjuicio en la proporción que le corresponde (del voto en disidencia de la Dra. Perugini).

CContenciosoadministrativo, Trib. y Relaciones de Consumo, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, sala IV, 24/08/2021. - B., J. F. c. M., L. R. y otros s/ relación de consumo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/142471/2021]

CUIJ: EXP J-01-00099517-3/2021-0

2ª Instancia.- Buenos Aires, agosto 24 de 2021.

La doctora *Macchiavelli Agrelo* dijo:

1.- La demanda ha sido desestimada en la primera instancia por inexistencia de una relación de consumo entre:

a.- El consorcio de copropietarios de la calle ... de esta Ciudad y el administrador ...

b.- La parte actora —un copropietario del consorcio de propietarios— y el administrador.

Para así resolver, se consideró que resultaba de aplicación al caso lo previsto en el art. 2065 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por tanto, se concluyó que solo existe una relación de mandato entre el consorcio (mandante) y el órgano de administración (mandatario), no habiendo vínculo directo entre aquel y cada uno de los copropietarios respecto de las cuestiones relacionadas con el mandato, sino a través del ente consorcial con quien se relaciona.

Siendo ello así, la cuestión central requiere determinar si, como lo afirma la parte actora en sus agravios, existe en el caso una relación de consumo entre su parte y la administración del consorcio de propietarios, para lo cual es necesario determinar la existencia, o no, de una relación consumo entre el copropietario con el consocio de propietarios y la administración.

Adelanto que, si bien se advierte una relación de consumo entre el consorcio de propietarios y el administrador, el recurso de apelación debe ser recha-

zado puesto que, en el caso, el propietario que insta la acción individualmente no puede ser equiparado a un consumidor en los términos del art. 1°, segundo párrafo de la Ley N° 24.240.

2.- Las relaciones de consumo se rigen por la Ley N° 24.240 y sus reglamentaciones pues así expresamente lo dispone su art. 3°.

Esa norma establece que la relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor o usuario, definiendo en el art. 1°, primer párrafo como consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

En el segundo párrafo, la norma también equipara a un consumidor a quien, sin ser parte de una relación de consumo, como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

Por su parte, el art. 2 define como proveedores a todas las personas físicas o jurídicas, de naturaleza pública o privada que, en forma profesional, aun ocasionalmente, produzcan, importen, distribuyan o comercialicen cosas o presten servicios a consumidores o usuarios. No obstante, el artículo excluye del término "proveedor" a los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello.

De lo expuesto surge sin mayor esfuerzo una regla general: que existe una relación de consumo siempre que se vincule un proveedor con un consumidor —o un equiparado a tal— que sean destinatarios finales de bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, en beneficio propio o de su grupo familiar o social.

De modo que siempre que se verifique la existencia de los requisitos previstos en la norma especial —Ley N° 24.240 arts. 1, 2 y 3—, habrá una relación de consumo, para el caso, entre un consorcio de propietarios y la persona de su administrador o incluso, entre este y un copropietario del consorcio.

Por otra parte, resulta también necesario aclarar que cuando esos requisitos están reunidos, la existencia de un mandato, por caso la que pudiere darse entre el consorcio y su administrador, no descarta en forma alguna la relación de consumo. Y no lo descarta porque, tal como está previsto en el art. 3 la Ley N° 24.240, las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esa norma y sus reglamentaciones, sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado a su vez por otra normativa específica.

De esta manera, la Ley N° 24.240 previó la integración normativa, sin descartar por ello la existencia de la relación de consumo cuando, como en el caso, el proveedor esté alcanzado por otra norma.

Precisamente por ello, aun sosteniendo que exista un mandato entre el consorcio y el administrador en los términos del art. 2065 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, ello no puede ser invocado para desconocer una relación de consumo.

Cabe señalar además que la relación de consumo y el deber de seguridad previsto en el art. 42 de la Constitución nacional, reconoce diversas causas fuentes, entre ellas el contrato de consumo (Fallos: 330:563), que puede adoptar diversas formas, entre ellas, el contrato de mandato.

Por ello, opino que solo es posible afirmar que no existe una relación de consumo cuando:

a.- No hay un consumidor —o un equiparado a tal—, porque se descartan uno o algunos de los requisitos previstos en el primer párrafo del art. 1.

b.- No hay proveedor, porque se da el supuesto del segundo párrafo del mencionado art. 2 (servicios profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello). O bien,

c.- No hay un consumidor —o un equiparado—, ni un proveedor.

2.1.- Aclarado lo anterior, en el caso que nos ocupa se observa que hay un consumidor, un proveedor y un vínculo jurídico entre ambos, producto de los servicios prestados de parte de quienes administran el consorcio hacia este último. Es el consorcio, en este caso, el destinatario final de ese servicio, no siéndolo el propietario a título individual.

Así, solo cabe concluir que los administradores del consorcio prestan un servicio a un destinatario final: el consorcio de propietarios y no hay razón para desconocer una relación de consumo entre estos porque:

a.- el consorcio no utiliza ese servicio en otra cadena de producción y,

b.- los administradores tampoco son profesionales liberales, en tanto no están colegiados ni requieren título universitario para desempeñar su función. Por tanto, no se dan las excepciones previstas en el segundo párrafo del art. 2 de la Ley N° 24.240.

Siendo ello así, el servicio de administración del consorcio es brindado hacia el consorcio, persona jurídica diferenciada de los propietarios a título individual, siendo sus órganos la asamblea, el consejo de propietarios y, precisamente, el administrador (art. 2044 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y, por tanto, destinatario final del servicio. Toda consecuencia derivada de ese servicio puede ser reclamado por el consorcio a través de su representante, el administrador, en su carácter de mandatario (art. 2065 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por ello, entre los administradores del consorcio de propietarios del edificio sito en la calle ... de la Ciudad de Buenos Aires y quienes administran ese consorcio, existe una relación de consumo en los términos del art. 1, primer párrafo y 2 de la Ley N° 24.240.

2.2.- Ahora bien, en el caso tenemos, por un lado, a la administración del consorcio, que la parte actora identifica como representada por la ... y el ... Estos resultan ser los proveedores del servicio de administración del consorcio en los términos del art. 2 de la Ley N° 24.240 (ver la prueba identificada como "parte 4-4" acompañada en la demanda, adjunto de la actuación N° 484461/21, de donde surge el acta de asamblea del 30/05/2019).

Pero por el otro, se encuentra el Sr. ... copropietario e integrante del consorcio que los primeros administran (ver escritura obrante en la prueba identificada como "parte 1-4" acompañada en la demanda, adjunto de la actuación N° 484461/21). Es decir, que el consorcio no fue quien se presentó en la causa, sino el Sr. ... o en su carácter de propietario.

Por lo tanto, resta determinar si el actor, en su carácter de copropietario e integrante del consorcio puede, a título individual, en el caso, ser equiparado a un consumidor en los términos del art. 1, segundo párrafo, lo que no resulta menor puesto que ello importa determinar si estamos en presencia de un sujeto legitimado en los términos del art. 35 del CPJRC, lo cual resulta verificable, aún de oficio (CSJN 311:2257).

Para ello, encuentro necesario dilucidar si, en ocasión o a consecuencia de esa relación de consumo existente entre la persona jurídica consorcio y, el administrador, se dan los demás requisitos necesarios para ser equiparado a un consumidor y de esa manera ejercer los derechos a título individual o diferenciada del consorcio.

Adelanto que no es posible. En primer lugar, tal como se observa de las constancias del expediente, la pretensión de demanda tiene origen en el reconocimiento por parte de la DGDyPC de las irregularidades en el uso de la firma en la cuenta bancaria del Consorcio por parte de los administradores de consorcio (ver Disposición N° 2019-641-GCBA-DGDyPC acompañada como prueba adjunta en la demanda, actuación N° 484461/20201, identificada como prueba "parte 3-4").

La infracción a la Ley N° 941 que allí se tuvo por probada, estuvo relacionada con el uso indebido de un bien del consorcio —la cuenta bancaria abierta a su nombre— y no sobre un bien de exclusiva propiedad del ... (ver prueba identificada como "Parte 3-4" acompañada en la demanda, actuación N° 484461/21).

En segundo lugar, el Sr. ... pretende en el caso el reconocimiento a su favor del daño punitivo y daño directo, como consecuencia de las irregularidades advertidas en esa resolución por la DGDyPC respecto de un bien que, como se expuso, pertenece al consorcio.

Ello no es posible dado que la ley N° 24.240 define al daño directo en su art. 40 bis como todo perjuicio o menoscabo al derecho del usuario o consumidor, susceptible de apreciación pecuniaria, ocasionado de manera inmediata sobre sus bienes o sobre su persona, como consecuencia de la acción u omisión del proveedor de bienes o del prestador de servicios.

Por su parte, el art. 52 bis, establece, en lo que aquí interesa, que al proveedor que no cumpla sus obligaciones legales o contractuales con el consumidor, a instancia del damnificado, el juez podrá aplicar una multa civil a favor del consumidor, la que se graduará en función de la gravedad del hecho y demás circunstancias del caso, independientemente de otras indemnizaciones que correspondan.

Al respecto cabe señalar que el daño directo implica la existencia de un menoscabo que se haya ocasionado de manera inmediata sobre los bienes o persona de quien lo reclama. Y, por su parte, el daño punitivo recae en cabeza del proveedor que incumpla con sus obligaciones para con el consumidor.

En el caso que nos ocupa y tal como fuera expuesto, el daño que se tuvo por probado se efectuó sobre un bien del consorcio y no necesariamente sobre un bien de exclusiva propiedad del ...

Todo ello me lleva a concluir que no puede tenerse por equiparado al actor a un consumidor puesto que, en ocasión de la relación de consumo existente entre el consorcio y el administrador, ni su persona ni sus bienes fueron los destinatarios finales de la conducta ilegítima de la que intenta valerse el actor en su demanda.

Por lo tanto, el único legitimado para reclamar los daños aquí señalados es el consorcio de propietarios

en los términos del art. 2044 Cód. Civ. y Com. de la Nación y no, un propietario a título individual.

Por ello, en el caso, entre la parte actora y los administradores del consorcio de propietarios del edificio sito en la calle ... de la Ciudad de Buenos Aires no existe una relación de consumo en tanto el primero no puede ser equiparado a un consumidor en los términos del art. 1, segundo párrafo de la Ley N° 24.240.

Como consecuencia de ello, el ... no se encuentra legitimado en los términos del art. 35 inc. c) del CPJRC para instar la acción, con lo cual corresponde confirmar la decisión que desestimó su demanda.

Sin costas en virtud del principio de gratuidad que rige a favor del consumidor y que el actor pudo haberse creído con derecho a demandar (conf. arts. 53 último párrafo y 55 último párrafo de la Ley N° 24.240 y 66 CPJRC).

El doctor *López Alfonsín* dijo:

1.- El Sr. ... la presente acción contra la ... y el Sr. ..., el primero como copropietario y los segundos en su carácter de administradores del Consorcio de Propietarios de la calle ... de la Ciudad de Buenos Aires, cuyo objeto "...reconoce como causa la infracción probada por la Autoridad de Aplicación, conforme surge de la DI-2020-2989-GCABA-DGDYPC" (ver demanda, último párrafo punto 3 "Objeto", actuación 484461/2021).

Señaló que en la disposición emitida por la Dirección General de Defensa y Protección del Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (N° DI-2020-2989-GCABA-DGDYPC) se consideró que los demandados incumplieron con lo establecido por el Art. 9 inc. h) de la Ley 941, ya que "... no se habrían depositado los fondos del consorcio en una cuenta bancaria operada bajo los requerimientos dispuestos por la normativa (...) toda vez que ante la inexistencia de un Consejo de Propietarios y ante la falta de designación de un consorcista como autorizado en la cuenta bancaria operada a nombre del consorcio, los denunciados administraron la cuenta bancaria de forma unilateral, sin contar con la expresa autorización, mediante asamblea, de los copropietarios del edificio administrado." (ver disposición N° DI-2020-2989-GCABA-DGDYPC, Anexo 2.1. de la actuación 484461/2021).

2.- Con fecha 22 de abril de 2021 la Sra. Jueza a cargo del Juzgado N° 9 del fuero resolvió (Actuación N° 648876/2021) desestimar la demanda presentada por el nombrado por considerar que el Tribunal no era competente para entender en la causa, en virtud de que el objeto del caso no constituía una relación de consumo.

La Jueza de primera instancia consideró para así decidir que de los hechos de la demanda no se advierte la existencia de una relación de consumo, en tanto el demandante no reviste carácter de consumidor en su relación con el administrador del consorcio. Al respecto señaló que: "La relación existente entre el administrador y el consorcio se encuentra regida por las normas de Propiedad Horizontal del Cód. Civil y Comercial, sin que se encuentren previstos vínculos individuales entre cada uno de los copropietarios y el administrador, puesto que este último es el representante del consorcio y existe una relación de mandato entre el consorcio (mandante) y el órgano de administración (mandatario), conforme el Art. 2065 del Cód. Civ. y Com. de la Nación."

Por otra parte, sostuvo que: "El hecho de que la ley 941 contemple el procedimiento administrativo previsto para la sanción de las infracciones cometidas por los administradores, no supone tampoco que de ello se derive una relación de consumo entre el actor y el demandado, sino que la norma ha estipulado que fuera tal organismo administrativo el encargado de velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la ley por parte de los administradores; y, "que en tal sentido, cualquier perjuicio patrimonial que hubiere causado el administrador no podría ser resarcido en la persona de un copropietario, como aquí se pretende".

3.- Contra dicha resolución la parte actora interpuso un recurso de reposición con apelación en subsidio (ver actuación 676489/2021).

Entre sus agravios, la apelante expresó que la ley 941 reglamenta la relación jurídica de consumo que se establece entre el copropietario y el administrador, y que el Art. 1904 del Cód. Civ. y Com. de la Nación estipula que las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor.

Expuso citas doctrinarias, legales y jurisprudenciales referidas a la existencia de relación de consumo entre el copropietario y el administrador del consorcio.

En segundo lugar, sostuvo que la Jueza de grado no encuadró correctamente los hechos invocados en la demanda, concretamente señala como agravio que la Jueza haya considerado que: "El hecho de que la ley 941 contemple el procedimiento administrativo previsto para la sanción de las infracciones cometidas por los administradores, no supone tampoco que de ello se derive una relación de consumo entre el actor y el demandado, sino que la norma ha estipulado que fuera tal organismo administrativo el encargado de velar por el correcto cumplimiento de las obligacio-

nes dispuestas en la ley por parte de los administradores".

Por último, y como tercer agravio, sostiene que en la resolución se ha hecho una apreciación de la cuestión que no se corresponde con el objeto de la demanda ni con los hechos relatados, ni con la prueba aportada.

La jueza de primera instancia en fecha 17 de abril de 2021 desestimó el recurso de reposición y concedió el recurso interpuesto en subsidio (actuación N° 681839/2021).

4.- Elevada que fue la causa, mediante Actuación N° 1209377/2021, del 25 de junio de 2021, dictaminó la Fiscalía ante la Cámara, la que estimó que no se observa que en el caso concreto bajo análisis se halle involucrado un perjuicio particular para el accionante que justifique con claridad la vía elegida en los términos del Código Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo, y que, por el contrario, y como afirmó el tribunal de primera instancia, "cualquier perjuicio patrimonial que hubiere causado el administrador no podría ser resarcido en la persona de un copropietario como aquí se pretende". Agregó que hay falta de legitimación activa cuando el actor no es titular de la relación jurídica en que se sustenta la pretensión, motivo por el cual opinó que debería desestimarse el recurso interpuesto.

El 19 de agosto de 2021, en atención al estado en que se encontraba el proceso, se celebró la audiencia prevista en el artículo 154 del Cód. Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo (actuación N° 1539552/2021).

5.- En forma preliminar cabe destacar que, conforme lo establecido por el art. 8 del CPJRC, la competencia se determinará por la naturaleza de las pretensiones deducidas en la demanda, motivo por el cual habrá de estarse a lo reseñado en el apartado 1) de la presente resolución.

Se adelanta que los argumentos esgrimidos por el apelante no han de prosperar, toda vez que en el caso particular que aquí se trata no existe relación de consumo entre el demandante y los demandados y, por lo tanto, corresponde ser confirmada la resolución recurrida.

Para llegar a tal conclusión se ha tenido presente que:

a.- Existe una relación de consumo de naturaleza contractual entre el consorcio de propietarios y el administrador del consorcio.

b.- El contrato que da origen a ese vínculo jurídico prevé prestaciones que son usufructuadas por los copropietarios a través del consorcio de propietarios, por lo que existe, como regla general, relación de consumo entre el administrador del consorcio y cada uno de los copropietarios.

c.- Ciertas prestaciones debidas por el administrador como consecuencia del contrato celebrado no se dirigen a los copropietarios como destinatarios finales ni aún indirectamente, por lo que no resulta de aplicación el sistema protectorio del consumidor a esas actividades.

6.- Sentadas las bases precedentes, corresponde analizar los actos y conductas concretos ventilados en estas actuaciones, para arribar a la definición de la naturaleza de la relación que une a las partes.

En el caso que nos ocupa, el demandante como integrante del consorcio de copropietarios, inició una demanda para reclamar daños y perjuicios derivados de la sanción que se les impone a los administradores por haber incurrido en una infracción al artículo 9 inc. h) de la Ley 941.

Ahora bien, en lo que aquí interesa el artículo 9 inc. h) de la Ley 941 establece que "Artículo 9° - Obligaciones del Administrador - En el ejercicio de sus funciones deben: (...) h) Depositar los fondos del consorcio en una cuenta bancaria a nombre del Consorcio de Propietarios. Para los consorcios que soliciten la apertura de la cuenta en el Banco Ciudad de Buenos Aires, este garantiza como opción la gratuidad de dicha cuenta, la cual incluye el trámite de alta, mantenimiento mensual, emisión de chequeras, transferencias bancarias y/o cualquier otro cargo que corresponda a la ciudad" (Artículo 9 inc. h de la Ley 941, texto consolidado según ley 6347).

Debe tenerse presente que el administrador presta diversos servicios, por lo que existen casos en que el copropietario puede ser encuadrado como consumidor en los términos de la Ley 24.240, y en otros no, ya que para que aquello suceda debería haber gozado del servicio en carácter de destinatario final. Obsérvese que entre las diversas prestaciones que realiza el administrador, tales como ejercer la representación legal del consorcio, o gestionar el mantenimiento o reparaciones del inmueble se pueden presentar casos donde un copropietario se transforma en consumidor y no su vecino del inmueble, tal el supuesto de gestionar la reparación de una determinada unidad.

En ese orden de ideas, se advierte que la conducta reclamada en el caso bajo estudio, no implica la utilización de un servicio en carácter de destinatario final por parte del demandante.

Por añadidura sostengo que, en principio, entre el consorcio como órgano y el administrador hay una relación de consumo, pero se deberá observar en cada caso en particular si la prestación brindada por el administrador encaja en los términos de la normativa de consumo.

Si bien es claro que en el caso podría haber existido un incumplimiento contractual por parte de los administradores, relativo a un contrato que más allá de su tipo contractual puede catalogarse como "de consumo"; debe preguntarse a quién, concretamente, le era debida la prestación incumplida y, si más allá del consorcio, existía algún copropietario que pudiera erigirse como destinatario final de ese servicio.

La normativa ha definido la relación de consumo como "...el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (art. 1092, Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 3°, Ley 24.240), precisando también los conceptos de "consumidor o usuario" y de "proveedor" en los arts. 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 1 y 2 de la Ley 24.240.

Por su parte, se ha sostenido también que el término "relación de consumo" abarca "...todas las circunstancias que rodean o se refieren o constituyen un antecedente o son una consecuencia de la actividad encaminada a satisfacer la demanda de bienes y servicios para destino final de consumidores y usuarios (1)".

Cabe señalar que la relación de consumo reconoce diversas causas fuentes, entre ellas el contrato de consumo. La Corte Suprema de Justicia de la Nación sostuvo que la fuente de la "relación de consumo" puede ser un contrato o actos unilaterales o bien hechos jurídicos (CSJN "Ferreyra, Víctor D. y Ferreyra, Ramón c. VICOV SA s/ daños y perjuicios" sentencia del 21/03/2006).

Por otra parte, consumidor es la persona, individual o jurídica, ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, a la vida económica del bien o servicio (2), existiendo consenso en el concepto de consumidor indirecto o usuario no contratante como aquel que sin haber celebrado el contrato de consumo/uso, utiliza el bien o se aprovecha del servicio como destinatario final (3).

De esta manera, la normativa vincula al proveedor de bienes y servicios no solo con el consumidor contratante, sino también con los demás usuarios que, sin haber celebrado un contrato, resultan beneficiarios del servicio prestado por el proveedor o, en términos de la denominación constitucional, consumen/usan el bien.

El artículo segundo de la Ley de Defensa del Consumidor, por otra parte, establece que es proveedor la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios.

La doctrina ha referido, respecto del concepto de proveedor, que "Como sujetos activos vamos a comprender a todos aquellos que desarrollen o participen de algunas de las actividades de producción, (...) y atención a consumidores de bienes y servicios y actividades conexas. En ese sentido, todos aquellos que las desarrollen encuadrarán en el concepto de proveedor, (...) comprendiendo por tanto a personas humanas o jurídicas, públicas o privadas o empresas, que desarrollen actividades de manera profesional u ocasional, (...) o participa de manera directa o indirecta obteniendo una ganancia o provecho de dicha actividad (4)."

En esa línea, el Tribunal Superior de Justicia ha identificado la relación entre los administradores y los destinatarios de sus servicios como una relación de consumo, con sustento en lo dispuesto en los artículos 42 de la Constitución Nacional y 46 y 80, inciso 2°, apartado "g" de la Constitución de la Ciudad, toda vez que el análisis de la ley 941 y su norma reglamentaria permite establecer que lo que el legislador procuró por ellas ha sido proteger los intereses de los consumidores de los servicios prestados por los administradores ("Gabas, Alberto A. c. GCBA (Legislatura de la Ciudad de Buenos Aires) s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. N° 3077/04, sentencia del 16/06/2004, "Cáttedra, Ricardo y otro c. GCBA s/ acción declarativa de inconstitucionalidad", Expte. N° 3570/04, sentencia del 02/03/2005, "Ping Kuo, Liliana c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", Expte. N° 13784/16, sentencia del 06/12/2017).

Así se advierte que, tanto el consorcio de propietarios como cada uno de los propietarios que lo integran, resultan pasibles de la caracterización de consumidores en la medida en que realicen actos de consumo final para beneficio propio o de su grupo familiar o social, en su carácter de destinatarios de las prestaciones que efectúa el administrador en cumplimiento del contrato, como proveedor.

Conforme lo expuesto, al analizar la naturaleza de la prestación o prestaciones brindadas por el administrador, se encuentra que en este caso en particular no se ha tratado de servicios que los demandados

deban haber prestado para satisfacer necesidades que particularmente, como copropietario, tenía el demandante, sino que se han tratado de cuestiones de naturaleza financiero-administrativas que han tenido al consorcio como persona jurídica, como directo y último destinatario, lo que en definitiva permite concluir en la inexistencia de una relación de consumo entre el copropietario y los administradores.

7.- En consecuencia, corresponde ser confirmada la resolución recurrida, sin costas, por no haber mediado sustanciación

La doctora *Perugini* dijo:

1.- ... interpuso una demanda contra ... y ..., por daño directo y daño punitivo, en razón de que ambos, en su carácter de administradores del consorcio de propietarios, infringieron lo dispuesto en el artículo 9 inc. h de la Ley N° 941 y concordantes.

El actor manifestó que es propietario de las unidades funcionales ... y del edificio sito en ... de esta ciudad y que los demandados, ambos inscriptos en el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, se desempeñaron como administradores del Consorcio de Propietarios del inmueble hasta el 31 de mayo de 2019.

Expresó que, entre ambas partes, propietario y consorcista y ex administradores de consorcios, medió una relación jurídica de consumo y que, en base a esa relación de consumo el 24 de abril de 2019 los denunció ante la Dirección General de Defensa y Protección al Consumidor del Gobierno de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (en adelante DGDyPC), por irregularidades en el uso de la firma en la cuenta bancaria del Consorcio. Debido a ello solicitó medidas cautelares y que se fije daño directo y punitivo.

Señaló que ante la DGDYOC tramitó la denuncia bajo el expediente electrónico N° EX2019-13056358-GCBA-DGDYPC y que, el 27/11/2019, mediante una providencia suscripta por el subgerente operativo del organismo, le denegó por improcedente las solicitudes de daño directo y punitivo en el marco de esas actuaciones.

Luego, el 04/05/2020, mediante la Disposición DI-2020-2989-GCBA-DGDYPC se sancionó a los demandados con una multa a cada uno por la suma de treinta y dos mil ochocientos cincuenta pesos ($32.850), por infringir el art. 9, inciso h) de la Ley N° 941.

Precisó que el objeto de la demanda tiene por finalidad que se atienda: a) el reclamo por daño directo ocasionado por el incumplimiento incurrido por los demandados en su calidad de proveedores del servicio de administración y b) por encontrarse reunidas las condiciones para establecer el daño punitivo.

Alegó que se encontraba legitimado para demandar como lo hace, fundó su pretensión y ofreció los medios de prueba que consideró pertinentes.

1.1.- La Fiscalía de primera instancia dictaminó favorablemente sobre la competencia para intervenir en los presentes actuados (actuación N° 573047/2021).

1.2.- El juez de primera instancia resolvió desestimar la demanda en los términos del artículo 7 del Cód. Procesal para la Justicia en las Relaciones de Consumo de la Ciudad de Buenos Aires (en adelante CPJRC).

Para así decidir fundamentó que "[e]l hecho de que la ley 941 contemple el procedimiento administrativo previsto para la sanción de las infracciones cometidas por los administradores, no supone tampoco que de ello se derive una relación de consumo entre el actor y el demandado, sino que la norma ha estipulado que fuera tal organismo administrativo el encargado de velar por el correcto cumplimiento de las obligaciones dispuestas en la ley por parte de los administradores."

Por último, señaló que de los hechos invocados en el escrito de inicio "...no se advierte la existencia de una relación de consumo, en tanto el actor no reviste carácter de consumidor en su relación con el administrador del consorcio de acuerdo con las constancias presentadas en autos" (actuación N° 648876/2021).

1.3.- El actor interpuso un recurso de reposición y solicitó que se declare "competente para intervenir en los presentes actuados." En subsidio, apeló la resolución por representar una inmediata privación de justicia. En consecuencia, señaló la existencia de una relación de consumo y adujo un error en el encuadre de los hechos jurídicos involucrados (actuación N° 676489/2021).

1.4.- El juez de primera instancia rechazó el recurso de reposición y concedió el recurso de apelación en subsidio (actuación N° 681839/2021).

1.5.- El Ministerio Público Fiscal ante la Cámara expresó que se debería desestimar el recurso interpuesto debido a que "...no luce con la claridad exigible que el recurrente cuente con legitimación activa para iniciar una causa como la presente (...)". Fundamentó que "hay falta de legitimación activa cuando el actor no es titular de la relación jurídica sustancial en que se sustenta la pretensión, con prescindencia de que esta tenga o no fundamento (Fallos: 322:817, entre

muchos otros) y, ello, en definitiva, es lo que sucedería en el caso de autos" (actuación N° 1209377/2021).

1.6.- El 19 de agosto de 2021, en atención al estado en que se encontraba el proceso, se celebró la audiencia prevista en el artículo 154 del Código Procesal de la Justicia en las Relaciones de Consumo (actuación N° 1539552/2021).

2.- En este punto, corresponde analizar la admisibilidad del recurso de apelación interpuesto.

La sentencia recurrida desestimó la demanda en los términos del artículo 7 del CPJRC, porque en el caso no se verifica una relación de consumo entre el actor (propietario) y los demandados (ex administradores del Consorcio de Propietarios).

En el artículo mencionado se prescribe que "[s]i de la exposición de los hechos resultare que no se configura una relación de consumo, o no se configurara alguno de los supuestos previstos en el artículo 5, inciso 1), el juez deberá desestimar la demanda".

2.1.- A fin de analizar los agravios formulados por el recurrente, cabe tener en cuenta que La Ley de Defensa al Consumidor (en adelante LDC) N° 24.240, en su art. 3°, establece que la relación de consumo es "es el vínculo jurídico entre el proveedor y el consumidor o usuario" (en el mismo sentido lo prescribe el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

A su vez, considera consumidor "a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social" y proveedor a "la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de producción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley…" (arts. 1 y 2, respectivamente).

Asimismo, en el art. 53 de la LDC que "…el consumidor y usuario podrán iniciar acciones judiciales cuando sus intereses resulten afectados o amenazados".

Por otra parte, el CPJRC, sancionado por la Ley N° 6407 (BOCBA N° 6082, del 19/03/2021), establece en su artículo 5, inciso 1, que la Justicia en las Relaciones de Consumo será competente para conocer…[e]n las causas que versen sobre conflictos en las relaciones de consumo, regidas por las normas nacionales de defensa del consumidor y de lealtad comercial, sus modificatorias y complementarias, los artículos 1092 y 1096 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, y toda otra normativa general o especial, nacional o local, que se aplique a las relaciones de consumo, toda vez que el consumidor sea actor y cuando la Ciudad Autónoma de Buenos Aires sea, indistintamente: a) el lugar de celebración del contrato; b) el lugar del cumplimiento de la prestación del servicio…".

2.2.- Acerca de la cuestión sobre la ley 941, y que involucra el caso de autos, cabe tener en cuenta que en las versiones taquigráficas de las sesiones legislativas en las que se dio tratamiento a la Ley N° 941, que creó el Registro Público de Administradores de Consorcios de Propiedad Horizontal, y a su ley modificatoria N° 3254, se hizo hincapié en que "la relación entre administradores y administrados es una relación de consumo, encuadrada en lo estipulado por el Artículo 1° de la Ley Nacional 24.240 de Defensa del Consumidor. Es el caso específico de consumo de un servicio que conlleva todos los derechos y obligaciones propios de este tipo de relación, siendo merecedora, por ende, de la protección establecida en la Constitución Nacional. (v. 22ª sesión ordinaria del 5 de noviembre del año 2009, versión taquigráfica N° 28, páginas 137 y ss.)". (TSJCABA Expte. N° 13784/16 "Ping Kuo, Liliana c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor s/ recurso de inconstitucionalidad concedido", sentencia del 06/12/2017, citado en el voto del juez Casás).

Por su parte, la Sala II de esta Cámara de Apelaciones sostuvo que entre los propietarios y los administradores del consorcio hay una relación de consumo, en los siguientes términos: "…los propietarios serían consumidores que adquieren con destino final el servicio de administración del consorcio por parte del Administrador debidamente inscripto en el correspondiente registro. Este último reviste la calidad de proveedor en los términos del artículo 2° de la LDC. Es por ello que el vínculo entre ellos constituye una relación de consumo en los términos del artículo 3° de la LDC y 1092 del Cód. Civ. y Comercial, sin perjuicio de que a su vez exista un contrato de mandato entre ambas partes." (Schammas, Matías c. GCBA s/ recurso directo sobre resoluciones de defensa al consumidor" Expte. N° D9372/2018-0, sentencia del 13/02/2020).

2.3.- En el caso, el … propietario de las unidades funcionales y del edificio sito en … de esta ciudad, demandó a … y … en su carácter de exadministradores del Consorcio de su edificio, con el objeto de que se reconozca judicialmente el daño directo y daño punitivo por un obrar determinado que se lo habría causado.

De los términos del escrito de inicio puede advertirse razonablemente que el Sr. … utilizó en forma

onerosa servicios como destinatario final y en beneficio propio y que los ex administradores del Consorcio de Propietarios, aquí demandados, desarrollaron de manera profesional un servicio destinado, en parte, al Sr. ...

De acuerdo con lo dispuesto en los artículos 1, 2 y 3 de la LDC, 1092 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 5, inciso 1, acápites a) y b) del CPJRC, los hechos alegados demuestran que se verifica una relación de consumo conflictiva, que debe ser resuelta por este fuero.

Es que más allá del contrato de mandato que se invoca para el vínculo entre el administrador y el ente consorcial, existe la configuración fáctica de una relación de consumo entre administrador y copropietarios, en la medida que se cumple lo previsto en los artículos 1°, 2° y 3° de la Ley N° 24.240.

Si bien el actor había reclamado el daño directo en sede administrativa, pero le fue denegado (ver expediente administrativo), nada obsta a que reclame judicialmente un daño y, en este caso, el actor pide el "daño punitivo" que deberá demostrar (conf. Art. 40 bis ley 24.240). Aun así, este reclamo se desenvuelve en el ámbito de la relación de consumo ya referida precedentemente. En efecto, el propietario parte de un grupo consorcial considera que sufrió una afectación por la conducta de los demandados que había contratado —a través de la figura "consorcio"— y su individualidad como parte de aquel grupo no puede ver impedido su derecho a reclamar el presunto daño. El grupo consorcial es un consumidor y dentro de él, lo es quién lo integra para reclamar por lo que estime le causó un posible perjuicio en la proporción que le corresponde. Más aun cuando la sanción impuesta por la autoridad de aplicación administrativa impuso una multa por una infracción a la ley 941 y que tendría vinculación o bien sería el antecedente para reclamar, en este caso, ante esta instancia el daño punitivo que pretende.

2.4.- En consecuencia, se propone revocar la sentencia de primera instancia y hacer lugar al recurso interpuesto por la parte actora.

Por los fundamentos expuestos el Tribunal ha resuelto: Rechazar el recurso de apelación interpuesto y en consecuencia confirmar la resolución apelada, sin costas, por no mediar sustanciación. Regístrese, notifíquese a la parte actora por Secretaría y a la Sra. Fiscal de Cámara en su público despacho. Oportunamente devuélvase. — *Nieves Macchiavelli Agrelo. — Marcelo López Alfonsín. — Laura A. Perugini* (en disidencia).

(1) FARINA, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", 4ª ed, Astrea, Buenos Aires, 2008, p. 20

(2) STIGLITZ, Rubén S. - STIGLITZ, Gabriel A., "Ley de Defensa del Consumidor (Una primera visión de conjunto)", TR, LA LEY, 0003/011878.

(3) "Ley de defensa del consumidor: comentada, anotada, concordada" Tambussi, Carlos E. (Director) Hammurabi, 2019, p. 61.

(4) BAROCCELLI, Sergio Sebastián, "La regulación de las prácticas comerciales en el derecho del consumidor Argentino". *Revista Eletrônica da Faculdade de Direito da Universidade Federal de Pelotas* (UFPel) Dossier *Consumo e Vulnerabilidade: a proteção jurídica dos consumidores no século* XXI. Vol. 03, N. 1, 2017, - p. 11.

La relación de consumo: un concepto transversal y expansivo

Marcelo C. Quaglia (*)

Sumario: I. Introito.— II. La relación de consumo.— III. La expansión del concepto "relación de consumo".— IV. Breves consideraciones finales.

I. Introito

Tenemos hoy el agrado de haber sido convocados a analizar el interesante acuerdo al que arribara la CATyRC, sala IV. En esta oportunidad el Tribunal analiza la eventual configuración, en el supuesto de hecho, de una relación del consumo.

Curiosamente en el caso se determinan tres posibles respuestas al interrogante **(1)**, el cual se suscita ante la relación (indirecta) que se genera entre el copropietario de un inmueble afectado al régimen de propiedad horizontal y el órgano de administración del respectivo consorcio. El actor imputa al administrador una serie de inconductas [falta de depósito de los fondos del consorcio en una cuenta bancaria y bajo los requerimientos que impone la normativa vigente **(2)**] y pretende encuadrar el vínculo en el marco de la llamada relación de consumo.

El voto de la primera vocal entiende que solo existe una relación de mandato entre el consorcio (mandante) y el órgano de administración (mandatario), no existiendo vínculo con el copropietario respecto a las cuestiones vinculadas a dicho mandato. En tal contexto la relación de consumo se configuraría entre el consorcio de propietarios (destinatario final) y el administrador, no así con relación al actor, ya que ni su persona ni sus bienes fueron destinatarios finales de la conducta ilegítima que se imputa. De esta forma, se desestima el encuadramiento del caso en el marco de la tutela al consumidor.

El segundo voto sigue esa línea, aunque con ciertas aclaraciones. En tal sentido plantea que el contrato que da origen al vínculo jurídico existente entre el consorcio y el administrador prevé prestaciones que son usufructuadas por los copropietarios a través del consorcio de propietarios, circunstancia que conlleva, como regla general a la existencia de una relación de consumo entre el administrador y cada uno de los copropietarios.

Sin embargo, entiende el juez en este voto que ciertas prestaciones debidas por el administra-

(*) Juez Civil y Comercial. Magíster en Derecho Empresario (Univ. Austral). Especialista en Derecho de Daños (UCA). Director en la Carrera de Especialización en la Magistratura (UCA). Director del Instituto de Derecho Privado del Colegio de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Santa Fe. Miembro del Instituto Argentino de Defensa del Consumidor. Profesor ordinario de Derecho del Consumidor y de Contratos Civiles y Comerciales, Parte General y Especial (UCA).

(1) Un tema de gran interés, y que por razones de espacio y tiempo preferimos sólo referir es el relativo a la necesidad de al menos dos votos coincidentes en una sentencia de un tribunal colegiado. En este sentido la CS ha planteado que no basta que los jueces coincidan en lo que van a resolver. La sentencia no es sólo un acto de voluntad, de decisión, sino de razón, conformando ambos aspectos un todo inescindible; por lo que requiere un soporte lógico, un razonamiento atribuible al propio tribunal. El tema entronca con el mismo derecho de defensa, ya que una sentencia con votos discordantes provoca perplejidad al justiciable perdidoso, quien lejos de quedar persuadido por la motivación del fallo, no sabe de qué defenderse (CS, "Acuña, Roberto c/ Ribotta, Bautista y/o Lady Ribotta de Williner s/ Recurso de Inconstitucionalidad — Ordinario — Laboral, expte. C.S.J. NRO. 606 AÑO 2007. http://www.saij.gob.ar/corte-suprema-justicia-local-santa-fe-acuna-roberto-ribotta-bautista-lady-ribotta-williner-recurso-inconstitucionalidad-ordinario-laboral-expte-csj-nro-606-ano-2007-fa08090226-2008-10-01/123456789-622-0908-0ots-eupmocsollaf?).

(2) Art. 9 inc. h) de la ley 941 de la Ciudad de Buenos Aires.

dor no se dirigen a los copropietarios como destinatarios finales, ni aun indirectamente, por lo que no resulta de aplicación el sistema protectorio del consumidor a esas actividades. En tal supuesto encuadra la presente causa, desestimando por tanto la aplicación el régimen de tutela.

Finalmente, el tercer voto (en disidencia) considera que el grupo consorcial es un consumidor y dentro de él quien lo integra se encuentra legitimado para reclamar por lo que estime le causó un posible perjuicio.

Procuraremos en estas breve líneas sentar nuestra posición la que, adelantamos, se alinea con el voto en disidencia formulado.

II. La relación de consumo

Encuadrar la situación fáctica en el marco del régimen de tutela de defensa de los consumidores y usuarios (naturalmente ante la configuración de una relación de consumo), resulta una de las primeras cuestiones que deberá analizar el juzgador, aún de oficio. No debe dejar de considerarse especialmente que este sistema de tutela encuadra dentro de un régimen de orden público económico de protección (art. 65, ley 24.240) y que detenta jerarquía constitucional (art. 42 de la Constitución Nacional).

Y, de admitirse la aplicación del sistema de tutela, entrarán en juego una serie de principios y soluciones propias y específicas, en razón de la existencia de un microsistema jurídico. En el caso el microsistema del consumo, formado por "pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más concreta y particular (que la del sistema y de los subsistemas), para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)" **(3)**.

Asimismo, en nuestros días, este microsistema se inserta en un régimen acertadamente calificado como de "plurijuridismo", donde se produce el encuentro de sistemas jurídicos en un mismo lugar y en un mismo tiempo, o "pluralismo jurídico", que consiste en "...la existencia simultánea de sistemas jurídicos diferentes aplicados a situaciones idénticas en el seno de un mismo orden jurídico, y también a la coexistencia de una pluralidad de ordenamientos jurídicos distintos que establecen, o no, relaciones de derecho entre ellos" **(4)**, debiendo ponderarse la Constitución Nacional, el Código Civil y Comercial, la ley 24.240, y demás normas (especialmente las que expresamente integra la ley 24.240: el régimen de defensa de la competencia y el de lealtad comercial —art. 3°, LDC—), acudiendo al llamado diálogo de las fuentes para lograr la solución más justa en el caso concreto. Todo ello a través de la tutela de las disposiciones que surgen en los tratados sobre derechos humanos (art. 2°, Cód. Civ. y Com.) y el principio de interpretación más favorable para el consumidor (arts. 3° y 37, LDC y arts. 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com.).

En este contexto normativo, donde numerosas y deferentes regulaciones deben coexistir (en el caso la regulación del contrato de mandato, el régimen de propiedad horizontal y, de corresponder la tutela de los consumidores y usuarios), se evidencia claramente la transversalidad que detenta la llamada relación de consumo donde el sujeto a tutelar (a diferencia de la situación que se evidencia en otros microsistemas) no se caracteriza por componer o integrar una relación (usualmente contractual) única y determinada **(5)**, sino que la situación de tutela puede evidenciarse en diversos supuestos (independientemente del contrato que haya celebrado y aún en ausencia de este —como veremos *infra*—), con sustento en la debilidad estructural que detenta el consumidor en la relación **(6)**.

(3) NICOLAU, Noemí L., "La tensión entre el sistema y el microsistema en el Derecho Privado", en Revista de Estudios del Centro, Universidad Nacional de Rosario, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones de Derecho Civil, Nº 2, 1997, p. 80.

(4) NICOLAU, Noemí L., "El derecho contractual frente al plurijuridismo, la integración y la globalización", en ALTERINI, Atilio - NICOLAU, Noemí L. (dirs.), El derecho privado ante la internacionalidad, la integración y la globalización, La Ley, Buenos Aires, 2005, p. 423.

(5) Ya hemos referido a ello: el locatario, el trabajador, etc.

(6) La Res. Mercosur 36/2019 (internalizada en nuestro derecho a través de la Res. SCI 310/2020) expresamente reconoce la existencia o configuración de una

Y es que no puede ignorarse el fundamento último del régimen tutelar del consumidor, el cual reside en la vulnerabilidad que lo afecta en el seno de un mercado caracterizado por fallas estructurales y regido preponderantemente por profesionales y empresarios **(7)**.

De esta manera, así como en otros microsistemas la tutela se brinda al locatario o al trabajador (como meros ejemplos), en el caso del consumo esta se brinda al consumidor o usuario, independientemente del rol que juegue dentro del contrato o relación, bastando únicamente que se configure el supuesto que prevé la norma: vinculación de un proveedor con un consumidor (relación de consumo), en los términos de los arts. 1°, 2° y 3°, LDC y 1094 y 1095, Cód. Civ. y Com.

Se plantea así que la figura del consumidor se perfila, explica y adquiere significación cuando el individuo se sitúa delante de un profesional del mercado (proveedor) y, a su vez, el vínculo intersubjetivo que reúne jurídicamente a ambos sujetos constituye la llamada relación de consumo **(8)**. Supuesto que admite las más variadas y diferentes situaciones fácticas.

Es más, lo reseñado implica que hasta cabe la posibilidad de coexistencia de dos o más microsistemas que converjan en el supuesto de hecho (por ejemplo, un locatario que además sea consumidor, ¿o un consorcista consumidor?), correspondiendo en el supuesto concreto brindar la solución más justa a través del diálogo de fuentes **(9)**.

Pero no es solo la transversalidad una característica que define el concepto de relación de consumo: este se caracteriza también por su tendencia a expandirse.

III. La expansión del concepto "relación de consumo"

La noción de relación de consumo ha sido receptada en nuestro derecho positivo en el año 1994 a través del texto constitucional (art. 42) y replicada posteriormente en otras normas como la LDC y el Cód. Civ. y Com. Naturalmente, en esta noción se prioriza el concepto de relación por sobre el de contrato, con un propósito similar al que evidenciado en el Derecho Laboral **(10)**.

Evidentemente el concepto relación de consumo supera y trasciende el de contrato de consumo, constituyéndose en una noción articuladora de protección constitucional y legal (arts. 42, CN; 1092, Cód. Civ. y Com. y 3°, LDC) que no solo sirve para delimitar el ámbito de aplicación del régimen, sino que además aporta el contexto explicativo de los conceptos de consumidor y proveedor, claves de acceso al sistema tuitivo **(11)**.

De esta manera se evidencia claramente una ampliación de las fronteras de régimen de tutela, tanto en el ámbito objetivo [abarcando la relación precontractual, contractual y hasta poscontractual **(12)**] como en el subjetivo, pasi-

vulnerabilidad estructural del consumidor dentro de la relación.

(7) CIURO CALDANI, Miguel Ángel; "La debilidad del consumidor en la sociedad de consumo" en Investigación y Docencia, vol. 28, 1997, p. 33.

(8) HERNÁNDEZ, Carlos A.; "Relación de Consumo" en Tratado de Derecho del Consumidor. Tomo I, STIGLITZ y HERNÁNDEZ (dirs.) -, La Ley, Buenos Aires, 2015, p. 384.

(9) Para profundizar esta temática se recomienda consultar (entre otros) QUAGLIA, Marcelo C.; "El contrato de locación con destino a vivienda: un supuesto de convergencia de microsistemas y modalidades contractuales. De la fragmentación a la integración", Suplemento Especial Locaciones de la Revista Jca. El Derecho (director Carlos Hernández), septiembre 2021.

(10) SOZZO, Gonzalo; "Daños sufridos por los consumidores (Jurisprudencia y cambios legislativos)", en Rev. D. Privado y Comunitario 2002-1 "Emergencia y pesificación", Ed. Rubinzal Culzoni, Santa Fe, p. 560. No es esta la única similitud existente evidenciándose otras como la aplicación del principio de la realidad, el beneficio de justicia gratuita, etc.

(11) HERNÁNDEZ, Carlos A., "Relación de Consumo", ob. cit., p. 385.

(12) Basten como ejemplo la sentencia de la CNCiv., sala M, "Fernández c/ Autopistas Urbanas SA", TR LALEY AR/JUR/3706/2004, donde se reconoce la existencia de una relación de consumo antes de transponer la cabina de peaje de la ruta concesionada (lugar en que presuntamente se celebraría el contrato) o SC de Mendoza, "Bloise de Tucci c/ Sup. Mackro", LA LEY Gran Cuyo 2002-726, dónde el consumidor se lesiona al ingresar al establecimiento, antes de adquirir cualquier bien o servicio. Cabe también referir a la sentencia de la CCyC de

vo (en la noción de proveedor abarcando toda la cadena de comercialización) y activo [comprendiendo no solo al contratante, sino también a su grupo familiar o social **(13)**] **(14)**.

La cuestión ha sido materia de una clara evolución en nuestro derecho donde dicha expansión del ámbito de tutela continúa aun desarrollándose y aplicándose a nuevas y diversas situaciones **(15)**.

Dentro de este espectro consideramos interesante ahondar en las diversas soluciones de la sentencia en análisis, especialmente con relación a esa ampliación subjetiva del ámbito de tutela activo al que hacemos referencia y en referencia al llamado consumidor indirecto.

III.1. El consumidor indirecto, material o fáctico

Como ya reseñáramos, del relato del Acuerdo se verifica en el caso comentado que el copropietario de un inmueble sujeto al régimen de propiedad horizontal no puede ser considerado (en el supuesto en particular) como consumidor con relación a los servicios que presta el órgano de administración del consorcio, careciendo por tanto de legitimación para reclamar.

A riesgo de ser reiterativos, nos permitimos disentir con el criterio adoptado por la mayoría del Tribunal.

Como ya ha señalado la jurisprudencia **(16)**, una interpretación equilibrada de la noción de consumidor, que no ensancha en demasía el concepto, ni lo restringe a niveles que no son los imaginados por el legislador, puede verificarse en las XIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, celebradas en Tucumán el año 2011, Comisión nro. 8, sosteniéndose en un primer despacho que "...[l]a tutela del consumidor abarca cuatro supuestos distintos, a saber: a) Quien adquiere bienes o servicios con un destino final, o sea a título gratuito u oneroso (consumidor en sentido estricto); b) Quien utiliza bienes o servicios con un destino final sin ser parte de un con-

---

Rosario, Sala 1ª, "Gagliardi, Miguel Á. c/ Village Cinemas SA s/Daños y perjuicios" (Zeus Nº 11303 el 17/05/2010), donde el consumidor es lesionado en el estacionamiento del local del cine, una vez ya cumplimentado el objeto principal del contrato.

(13) XXII Jornadas nacionales de derecho civil — V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, septiembre 2009), Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derechos del Consumidor. I.- Consideraciones generales y ámbito de aplicación...4. En el ámbito de la ley 24.240, conforme su actual redacción, quedan amparados en la protección legal: a) Quien asume el rol de contratante al adquirir un bien o servicio, actuando como destinatario final, sea la contratación a título gratuito u oneroso; b) Quien utiliza bienes o servicios sin ser parte sustancial de un contrato de consumo, generalmente por estar vinculado familiar o socialmente con el adquirente; c) En este punto se analizaba el concepto de quien se expone a una relación de consumo, hoy modificado por el Cód. Civ. y Com. y limitado a prácticas abusivas, información y publicidad (art. 1096 Cód. Civ. y Com.).

(14) XXII Jornadas nacionales de derecho civil — V Congreso Nacional de Derecho Civil (Córdoba, septiembre 2009), Comisión de Derecho Interdisciplinario: Derechos del Consumidor. "III. Proyecciones de la reforma sobre el Derecho de Daños... 1. La reforma introducida a la ley 24.240 por la ley 26.361 ha contribuido a la conformación de un régimen de responsabilidad en materia de consumo caracterizado por: ...b) La expansión en materia de legitimados activos y, paralelamente, la ampliación del espectro de legitimados pasivos". Reforma que ha sido respaldada y ratificada (nos permitimos agregar) por el Cód. Civ. y Com.

(15) El tema fue claramente advertido por el maestro Atilio Alterini, quien enunciaba hace ya más de veinte años la necesidad de evitar la aplicación de una lógica formal del régimen, lo que podría llevar a implicar excluir del mismo determinados supuestos que correspondía incluir (ALTERINI, Atilio A., "Cómo desbaratar la protección del consumidor", LA LEY 1999-A, 783.).Un claro ejemplo de esta situación se advierte en el ámbito del contrato de seguro donde se debatió la aplicación del régimen de tutela debido a la existencia de normas propias y hasta una autoridad de aplicación específica. Finalmente, la posición mayoritaria claramente sostiene que el contrato de seguro constituye un contrato de consumo cuando se celebra entre un consumidor final (tomador) y una persona jurídica (el asegurador) que se obliga mediante el pago de una prima a prestar un servicio, cual es la asunción del riesgo previsto en la cobertura asegurativa: el resarcimiento del daño o el cumplimiento de la prestación convenida (argto. doct. FARINA, Juan M., "Defensa del consumidor y Usuario", Astrea, Buenos Aires, 2004, 3ª ed., p. 396; PICASSO-VÁZQUEZ FERREYRA, "Ley de defensa del consumidor-Comentada y Anotada", LA LEY, T. II, p. 439; STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de Seguros", t. I, La Ley, Buenos Aires, 5ª ed. act. y amp. 2008-II, p. 158, 196; LÓPEZ HERRERA, Edgardo, "Tratado de la Prescripción Liberatoria", Abeledo-Perrot, 2009, 2ª ed., p. 772).

(16) CNCom, sala D, "Verdaguer, Alejandro César y Otro c/ Peugeot Citroën Argentina S.A. y Otro c/ Ordinario", 17/12/2019, TR LALEY AR/JUR56363/2019.

trato de consumo; c) El sucesor particular en los derechos adquiridos por el consumidor originario; d) Los sujetos expuestos a una relación de consumo..." (despacho 1º).

Sin perjuicio del reparo que genera hoy el día el punto d) precitado referido al expuesto (ya que en esa fecha todavía estaba vigente el polémico añadido al art. 1º de la LCD en el año 2008 por la ley 26.361), entendemos que en el presente supuesto cabe incluir a la actora en el punto b) previamente aludido que, normativamente, se halla regulado actualmente en los arts. 1092 del Cód. Civ. y Com. y 1º de la LDC.

Si bien existe consenso respecto a deducir la inclusión del usuario o consumidor indirecto en los segundos párrafos de los arts. 1092 del Cód. Civ. y Com. y 1º de la LDC, consideramos que dicho párrafo adolece de un defecto técnico notorio: en ambos se lee "queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo..." cuando ninguna duda razonable puede plantearse sobre el hecho de que el consumidor indirecto es parte de una relación de consumo que lo vincula con el proveedor la cual no mengua en medida alguna por el hecho de no perfeccionarse el contrato de consumo **(17)**. Caso contrario se dejaría huérfana de sustento jurídico la tutela del consumidor indirecto, la que se reconoce merced a, precisamente, la relación de consumo que, sin contrato de por medio, cabe establecer entre él y el proveedor.

Sucintamente: sin relación de consumo (de mínima y como punto esencial de partida) nunca podrá cobrar virtualidad el régimen consumeril.

De tal forma, preferimos extraer el concepto de consumidor indirecto del primer párrafo de los arts. 1092, Cód. Civ. y Com. y 1º, LDC en tanto aquel, como integrante del grupo social o familiar del consumidor directo, utiliza bienes o servicios en beneficio propio o, incluso en beneficio de terceros (a su vez parte de su grupo social o familiar) que han sido adquiridos, contratados o utilizados previamente por el consumidor directo. El consumidor indirecto puede constituirse como un tercero beneficiario, tal es el supuesto de las extensiones de tarjetas de créditos, extensión de prestaciones de la prepaga u obra social a otros beneficiarios, etc.

De esta forma, el consumidor indirecto no es quien contrata, aunque se le demanda una exigencia particular para quedar comprendido en el marco de tutela: integrar el grupo familiar o social del consumidor directo [usualmente contratante **(18)**].

Ilustrando el abanico de posibilidades que pueden quedar comprendidas en esta categoría diremos que el alcance de la noción de grupo familiar no debería generar mayores debates **(19)** y, naturalmente, de esta debe excluirse en tal supuesto a la persona jurídica (quien evidentemente carece de vínculos de parentesco). La cuestión no se evidencia tan clara ante el concepto de grupo social, noción que carece de límites fehacientemente determinables, calificado como una de las zonas grises de la normativa **(20)**. Farina, en una de las pocas definiciones que tratan este tema, lo identifica como "todo grupo que se caracterice por vínculos de familiaridad, amistad, solidaridad, instituciones de bien común, etc.", abarcando "una situación de comunidad sociológica, como pueden ser los vecinos de una propiedad comunitaria o condominial" **(21)**. Naturalmente dentro de dicha concepción deberá integrarse al dueño de la unidad funcional del bien afectado al régimen de propiedad horizontal, persona que mínimamente (y como reseña el voto en disidencia) califica como consumidor indirecto.

(17) Ya hemos abordado esta cuestión en QUAGLIA, Marcelo C. y Raschetti, Franco, "Cuestiones prácticas sobre el sujeto activo, la obligación de informar y la solidaridad en el régimen de garantías en la relación de consumo", RCyS 2020-IX, 57.

(18) Si bien referimos a la noción de contrato de consumo, el concepto (como se ha reseñado) lo excede. Cabe la posibilidad que se configure una relación de consumo, donde aún (o nunca) se celebre un contrato, situación en la que generalmente el grupo familiar o social en su totalidad quede comprendido en este concepto (por ejemplo, un sujeto que se lesiona en un hipercentro de consumo antes de celebrarse contratación alguna).

(19) Aunque podrá debatirse si el término familiar debe interpretarse en un sentido jurídico o coloquial.

(20) PÉREZ BUSTAMANTE, Laura, "Derechos del consumidor", Astrea, Buenos Aires, 2004, p. 27.

(21) FARINA, Juan M., "Defensa del Consumidor y del Usuario", Astrea, Buenos Aires, 2008, 4ª ed., p. 53.

Es más, la noción expansiva que detenta este especial régimen de tutela, así como los criterios de interpretación que los rigen (que demandan que, en caso de duda, se interprete a favor del consumidor) admiten que este llamado consumidor indirecto pueda ser reconocido aún en casos en los que no reciba beneficios o prestaciones en forma directa del proveedor (que es justamente la situación más usual del consumidor indirecto). Sin embargo, será necesario que las que el proveedor otorgue al consumidor directo lo afecten o beneficien en la necesaria relación de causalidad.

Tal entendemos es el supuesto de marras, especialmente cuando el consumidor directo no es una persona humana susceptible de verse beneficiada con los bienes o servicios que se le brindan ni es una persona jurídica con un fin diferente al de tutelar los intereses de los propietarios de los bienes afectados al régimen. En el caso referimos a una persona jurídica compuesta justamente por el conjunto de propietarios de las diversas unidades funcionales (art. 2044, Cód. Civ. y Com.) y cuya realidad y funciones se justifica únicamente en razón de la existencia de la afectación de un bien al régimen de propiedad horizontal, el cual naturalmente se compone por un grupo de consorcistas, quienes a nuestro entender se consolidan en la condición de consumidores indirectos en todos los supuestos.

Cabe en este punto destacar que en análisis jurídico debe comprender dos ámbitos, en primer lugar, si el consorcista queda comprendido dentro del término "consumidor" y sujeto por tanto a ese régimen de tutela (situación que entendemos configurada en autos en línea con el voto en minoría). Una vez determinada dicha situación corresponderá analizar en el caso concreto la legitimidad de su planteo, en orden a analizar si, más allá de su condición de consumidor indirecto, detenta legitimación activa para reclamar (correspondiendo definir si sus derechos o intereses se han visto amenazados o afectados —arg. art. 52, LCD—), cuestión que puede llevarnos a rechazar su planteo, aunque no debido a la ausencia de su condición de consumidor, sino dado que no hay afectación a su parte.

En este punto, y desde la óptica de la responsabilidad civil resarcitoria, reviste relevancia recurrir a los factores de atribución, especialmente el daño y/o la relación de causalidad que se configure en el caso. Veámoslo con un ejemplo: el consumidor directo adquiere un producto que consume en el núcleo de su grupo familiar. Este afecta a parte de la familia porque era tóxico para personas bajo cierta condición física y ello no fue debidamente informado/advertido por el proveedor. Todos los sujetos que consumieron el producto son consumidores (directos o indirectos), aunque solo será admisible el reclamo de aquellos que sufrieron efectivos perjuicios.

Adviértase que referimos a la función resarcitoria de la responsabilidad, sin perjuicio de las cuestiones vinculadas con la función preventiva y sancionatoria de la responsabilidad civil donde la órbita de la legitimación activa sufre una mayor expansión aún y es materia de incesantes debates [por ejemplo, si para demandar la aplicación de la multa civil es necesario que se configure un daño efectivo o no en el actor **(22)**] **(23)**.

Pero, si bien la noción se presenta con bastante amplitud, como señala acertadamente Chamatropulos, por más amplia y flexible que esta sea, los integrantes del grupo social no podrán ser considerados consumidores si es que, a su vez, no se considera primero un sujeto tutelado por la LDC al llamado consumidor directo **(24)**. Compartimos esta aseveración y ya hemos destacado la necesidad de conexión suficiente entre la adquisición del bien o la prestación del

(22) El tema fue debatido recientemente (una vez más) en las XXVII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, desarrolladas en Santa Fe en septiembre de 2019. En el seno de la Comisión Nro. 4 ("Daño Punitivo") se concluyó: "6. Carácter principal o accesorio (ART. 52 BIS).1.- La causación de un daño al consumidor no constituye un requisito para la imposición de una condena por daños punitivos. Minoría. 2.- La causación de un daño efectivo al consumidor sí constituye un requisito para la imposición de una condena por daños punitivos. Mayoría". Nuestra posición en la materia se alinea con al minoritaria.

(23) Interesantísima cuestión que excede el marco de estas líneas.

(24) CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Estatuto del Consumidor comentado", La Ley, Buenos Aires, 2016, t. 1, comentario al art. 1º.

servicio que lleve adelante el consumidor directo y su impacto en la órbita del indirecto (la que en el supuesto de consorcios entendemos se configura) a lo que corresponde agregar que ambos vínculos deben, inexcusablemente, tratarse de adquisiciones o usos en carácter de destino final **(25)**.

Ahora bien, y como ya hemos destacado, cabe la posibilidad que la relación de consumo no termine de concretarse o definirse en un contrato de consumo. Por ejemplo, en caso de concurrencia a un centro comercial y el sufrimiento por parte del sujeto de daños antes de adquirir cualquier bien o servicio; en tal supuesto la o las personas que sufren el perjuicio son indudablemente consumidores, aunque debemos determinar si son consumidores directos o indirectos ya que quizás solo uno de ellos iba a contratar y los demás comprendían el grupo familiar o social del primero que simplemente lo acompañaban. En tal supuesto, y ponderando los principios de interpretación de los textos legales, que imponen siempre la interpretación más favorable para el consumidor **(26)**, cuando no se pueda determinar la calidad de sujeto como consumidor directo o indirecto, entendemos que debe incorporarse a todos en la noción básica de consumidor directo **(27)**.

Ya hemos destacado que la categoría (consumidor indirecto) se plantea como una hipótesis de sujeto "equiparado al régimen protectorio". En este punto, a nuestro humilde criterio, debe reconocerse en un pie de igualdad al consumidor directo e indirecto en una única noción general de consumidor adscribiendo, por supuesto, cada una de ellas a requisitos de procedencia especiales tributarios del supuesto de hecho que la cobija. Diferente es la situación de llamado expuesto, quien no integra ni de manera directa ni indirecta la llamada relación de consumo, debiendo considerárselo un sujeto equiparado con los alcances y límites que la misma norma establece (prácticas abusivas, información y publicidad) **(28)**. En una palabra, principiamos una manifestación igualitaria de la categoría jurídica "consumidor" para el directo y el indirecto y una equiparación en relación con el expuesto, cuestión que obviamente conlleva consecuencias jurídicas relevantes **(29)**.

(25) Este último aspecto se halla expresamente contemplado en el segundo párrafo del art. 1092 del Cód. Civ. y Com. y en el segundo párrafo del art. 1º de la LDC.

(26) Arts. 3º y 37 LDC y 1094 y 1095 Cód. Civ. y Com.

(27) La cuestión no reviste una mayor relevancia en el criterio que sustentamos, pero como puede observarse en el Acuerdo que comentamos, bajo determinadas circunstancias o criterios la diferenciación puede tener importancia. Asimismo, la ausencia de un consumidor directo puede llevar a la exclusión del indirecto.

(28) La posición ratifica la crítica que en su momento se hizo al expandir el concepto de expuesto de una manera, al entender de varios autores, excesiva (lo que muchas veces llevaba a una aplicación demasiado amplia del régimen de tutela al consumidor). Dicha expansión, plasmada en su momento por la ley 26.361, se vio readecuada a través de la sanción del Cód. Civ. y Com. que lo acota a prácticas abusivas, información y publicidad. Alguna doctrina, con sustento en los principios de progresividad y no regresividad entiende que el expuesto aún debe ser tutelado de esta manera, a pesar de las restricciones del art. 1096 Cód. Civ. y Com. [SIGAL, Martín, "Contratos de consumo", en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela (dirs.) - ESPER, Marino (coord.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2014, p. 731]. A nuestro entender, al no ser un consumidor, sino un sujeto equiparado, dichos principios no deben ser aplicados.

(29) Sin pretender agotar el profuso debate —aún latente— de la figura de expuesto en el derecho nacional diremos que, hoy día, el Cód. Civ. y Com. mantiene la categoría del expuesto a la relación de consumo, pero acotando expresamente su aplicación al ámbito de la problemática del deber de información, prácticas abusivas y publicidad contenidas en los arts. 1096 al 1103 del Cód. Civ. y Com. según reza el art. 1096: "Las normas de esta Sección y de la Sección 2a del presente Capítulo son aplicables a todas las personas expuestas a las prácticas comerciales, determinables o no, sean consumidores o sujetos equiparados". Atestigua la doctrina (HEREDIA, Pablo D., "La información precontractual bancaria", RCCyC 2016 (diciembre), 37, TR LALEY AR/DOC/3794/2016; CHAMATROPULOS, Demetrio A., "Estatuto de Consumidor comentado", ob. cit., p. 81) que en atención a que la figura del "consumidor expuesto" no aparece en el art. 1092 del Cód. Civ. y Com., el llamado bystander, en efecto, no tiene actualmente sino una tutela limitada en orden a su protección en el terreno de las prácticas abusivas, de la información del proveedor y de las publicidades prohibidas (art. 1096). Similar criterio sustentó Barocelli (BAROCELLI, Sergio S., "Ámbito de aplicación del derecho del consumidor", en BAROCELLI, Sergio S. - KRIEGER, Walter F., Derecho del consumidor, El Derecho, Buenos Aires, 2016, p. 51), aludiendo el "expuesto" no ha sido "eliminado" sino "reubicado" en el art. 1096 lo cual exige profundizar en el concepto de prácticas comerciales abusivas pero el mismo continúa comprendiendo tanto a los consumidores potenciales, como a las

De esta forma, y en un concepto amplio de consumidor indirecto deberán considerarse como tales a todos los sujetos que usan y/o gozan de la unidad funcional y espacios comunes afectados al régimen de propiedad horizontal con un destino final (locatarios, locadores, familiares convivientes, convivientes con quienes se detente un ostensible trato familiar, etc.). Naturalmente la expansión del concepto encontrará su razonable límite en el ámbito de la responsabilidad civil resarcitoria a través de la configuración de los diferentes factores de atribución se demandarán entre el hecho o conducta antijurídica que se configure y los reclamantes.

Lo reseñado, si bien pretende simplificar la cuestión en muchos casos implicará sumar un nuevo problema, Como bien señala Atilio Alterini con respecto a la relación de causalidad, "la exigencia de una relación de causalidad entre el hecho y el daño, para que sea jurídicamente atribuible a quien se sindica como responsable, satisface un elemental reclamo lógico" **(30)**. Sin embargo, si bien dicha "...exigencia parece a primera vista de una claridad y de una sencillez insuperables; (...) cuando se sale de la superficie y se va al fondo de la cuestión, se advierte —como ocurre casi siempre con las cosas simples— una enorme dificultad para precisar lo que debe entenderse por causa de un daño. ¿Cuándo debe considerarse que la acción o la omisión de una persona ha causado realmente un perjuicio? ¿Con qué criterio se puede determinar esta circunstancia, necesaria para que el perjuicio le pueda ser imputado jurídicamente a su autor? La respuesta a estas preguntas constituye uno de los problemas más debatidos en derecho, desde hace casi cien años" **(31)**.

Corresponderá entonces, conforme los principios aplicables al caso entender configurada la relación de consumo y, una vez definida dicha situación, determinar si el consumidor directo, indirecto o en su caso el expuesto equiparado, detentan la necesaria legitimación activa en orden a admitir, o no su planteo.

Tal entendemos debería haber sido la solución aplicable al caso en análisis, especialmente considerando los principios interpretativos a aplicar y la transversalidad y expansión de detenta el concepto de relación de consumo.

IV. Breves consideraciones finales

1. El régimen de tutela a los consumidores y usuarios debe aplicarse aún de oficio ante la configuración de una relación de consumo.

2. Corresponde integrar el referido régimen (considerado un microsistema jurídico) dentro del marco y espectro de normas que lo contienen, considerando especialmente que este se caracteriza por su transversalidad, lo que implica que pueda abarcar numerosas relaciones y negocios o contratos.

3. No es la transversalidad del régimen su única particularidad, también se evidencia en él un concepto amplio y expansivo, en aras de procurar la mayor aplicación a un régimen de tutela sobre quien es considerada la parte débil de la relación.

4. A través de dichos conceptos y criterios, la transversalidad y expansión del concepto conlleva al reconocimiento dentro del régimen de tutela del llamado consumidor indirecto, material o fáctico, sujeto que debe considerarse inmerso y comprendido dentro de la relación de consumo.

5. Conforme el desarrollo delineado y, cumplimentados los recaudos del sistema de tutela de los consumidores y usuarios, los titulares de bienes afectados al régimen de propiedad horizontal deberán ser calificados, como presupuesto de mínima, con la calidad de consumidores indirectos en relación con la prestación de bienes y servicios que efectúa el administrador del consorcio respecto a este.

6. La condición de consumidor (directo o indirecto) no habilita *per se* la posibilidad de reclamar en la órbita de la responsabilidad civil resarcitoria, siendo necesario se configuren los demás presupuestos de la responsabilidad en el necesario diálogo e interacción que debe darse

víctimas de daños que no tienen un vínculo contractual con el proveedor.

(30) ALTERINI, Atilio A., "Responsabilidad civil", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1999, 3ª ed., p. 155.

(31) ORGAZ, Alfredo, "La relación de causalidad entre el acto ilícito y el daño", Responsabilidad Civil Doctrinas Esenciales Tomo II, 931.

entre el microsistema y el sistema jurídico que lo contiene.

En este aspecto puede resultar relevante recurrir al análisis de la relación de causalidad que debe darse entre los hechos o actos desarrollados por el proveedor (independientemente de si la responsabilidad es objetiva o subjetiva —lo que se vincula con el llamado factor de atribución y no con la causalidad—) y el perjuicio que se demanda.

7. Si bien consideramos que deben plantearse en un régimen de igualdad en el marco de la tutela consagrada al consumidor directo y al indirecto (evidenciándose determinadas peculiaridades que hemos reseñado con relación al llamado expuesto) tal tesitura no es unánime en nuestro derecho y se advierte, además, la necesidad de la configuración de un consumidor directo en la relación ya que su ausencia puede llevar a la exclusión del régimen del llamado consumidor indirecto.

DERECHO A LA SALUD

Doctrina

El género y la salud mental

Gabriela Robles [*]

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Palabras finales.

"El momento actual es entendido como una consecuencia de una construcción colectiva donde los derechos humanos son hoy el preciado bien a ser defendido, nuestra mirada comunitaria y necesariamente interdisciplinaria pone el acento en dicha construcción, comprendiendo que la Ley Nacional de Salud Mental no es una causa, sino que es una consecuencia directa de todos los movimientos por derechos humanos y Salud Mental de cada uno de los actores interviniente" [**]

I. Introducción

La cuestión que abordaré es respecto a la discriminación y desigualdad que han sufrido las mujeres en el campo de la salud mental.

Como señala Ortega Ruiz **(1)**, la medicina, y en particular la psiquiatría ha sido, a lo largo de la historia, una fuente importante de ideología sexista. A través de las diferencias anatómicas, fisiológicas y patológicas entre los dos sexos, se pretendía establecer las desigualdades de los géneros y las prácticas médicas servían de apoyo para justificar la subordinación femenina. En tal sentido se ha destacado que la gran mayoría de los historiales de casos famosos en psicología se refieren a pacientes mujeres **(2)**.

Conforme lo establece el art. 75, inciso 23, de la constitución nacional, es una obligación indelegable del congreso nacional legislar y promover medidas de acción positivas que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato, y el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por la constitución nacional y los tratados internacionales de derechos humanos, en particular respecto de los niños, mujeres, los ancianos y las personas con discapacidad.

II. Desarrollo

Las personas con padecimientos mentales, a lo largo del tiempo y en las distintas sociedades, no han sido consideradas o valoradas de la misma forma según el contexto histórico y social en que habitaban.

En palabras de Franco Basaglia, un gran referente en este campo: "La psiquiatría clásica ha demostrado su fracaso: en efecto, en presencia del problema del enfermo mental, ha tendido hacia una solución negativa, separándole de su contexto social y por lo tanto de su humanidad... Colocado a viva fuerza en un lugar donde las modificaciones, las humillaciones y la arbitrariedad son la regla, el hombre, sea cual fuere su estado mental, se objetiviza poco a poco, identificándose con las leyes del internamiento. Su caparazón de apatía, de indiferencia y de insensibilidad, solo sería en suma un acto desesperado de defensa contra un mundo que le

---

(*) Abogada, especialista en derecho penal, docente universitaria en la Universidad Nacional del Sur y directora y docente del curso de posgrado "Salud mental comunitaria: un enfoque de derecho" de la Asociación Argentina de Salud Mental.

(**) ORTEGA RUIZ, Cristina, "La Mujer y la Enfermedad Mental. Una perspectiva de género a través de la historia contemporánea", en Cuadernos Kóre. Revista de historia y pensamiento de género (primavera/verano 2011), vol. I, N° 4, ps. 208/223. En http://e-revistas.uc3m.es/index.php/CK/articule/view/1501.

(1) GOUDSMIT, E. "¡Todo es mental! Puntos de vista estereotipados y la psicologización de las enfermedades de la mujer", en WILKINSON, S - KITZINGER, C.: "Mujer y salud". Barcelona, Paidós, 1996,

(2) ROSALES, Pablo O., "Discriminación debido a la discapacidad: Las convenciones internacionales de discapacidad y su aplicación como herramienta interpretativa del derecho interno", SJA 28/07/2010; "Un estudio general de la convención internacional sobre los derechos de las personas con discapacidad", SJA 27/08/2008 - JA 2008-III-1022.

excluye y después le aniquila: el último recurso personal de que dispone el enfermo para oponerse a la experiencia insoportable de vivir conscientemente una existencia de excluido" **(3)**.

Es dable de destacar que la salud mental es parte integral de la salud de los sujetos, y esta se encuentra reconocida expresamente en tratados internacionales de derechos humanos como un derecho fundamental. Recordemos que en el año 1946 se creó la "Organización Mundial de la Salud", que incorpora en su carta magna el concepto de salud como un "derecho humano universal". Todas las naciones son miembros de la Organización Mundial de la Salud y han aceptado formalmente, la declaración de los principios contenidos en su Constitución. Al mismo tiempo considero importante mencionar que la "Declaración Universal de los Derechos Humanos" de 1948 fue el primer instrumento que estableció que los derechos humanos son inherentes a todos y conciernen a la comunidad internacional en su totalidad, habiéndose transformado desde su dictado en un ideal común y en una norma de comportamiento para todos los pueblos y Naciones.

El 13 de diciembre de 2006 se aprobó la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad. Esta es el resultado de un proceso largo en el que participaron varios actores, como los estados miembros de la ONU, instituciones de derechos humanos y organizaciones no gubernamentales, principalmente aquellas que trabajaban con personas con discapacidad. Nuestro país firmó y ratificó este instrumento, haciéndolo parte en nuestro derecho positivo interno el 6 de junio de 2008, mediante la ley 26.378. Constituye el primer tratado de derechos humanos que prioriza la visibilidad de este colectivo social dentro del sistema de protección de derechos humanos.

Las palabras no son huecas, sino que significan y resignifican al sujeto. A lo largo de los distintos momentos históricos podemos observar cómo las mujeres han sido denominadas "idiotas o dementes", "locas", "incompetentes", "insanas", entre otras formas peyorativas, discriminatorias que en nuestra sociedad se arraigaron de tal manera que solo generaron que se les tema, excluya, que sean un tabú de lo que cuesta hablar del tema en los distintos espacios de la comunidad.

Lo referenciado fue producto del patriarcado imperante en el ámbito de la salud mental que se tiñe de saber científico. A todo evento si nos enfocamos en la enfermedad mental y la mujer veríamos que en la historia ha habido un mayor estigma cuando la enfermedad mental la sufrían las mujeres, catalogadas de histéricas, delirantes o depresivas **(4)**.

El patriarcado es entendido, así, como perteneciendo al estrato simbólico y, en lenguaje psicoanalítico, como la estructura inconsciente que conduce los afectos y distribuye valores entre los personajes del escenario social. La posición del patriarca es, por lo tanto, una posición en el campo simbólico, que se transpone en significantes variables en el curso de las interacciones sociales. Por esta razón, el patriarcado es al mismo tiempo norma y proyecto de autorreprodución y, como tal, su plan emerge de un escrutinio, de una "escucha" etnográfica demorada y sensible a las relaciones de poder y su, a veces, inmensamente sutil expresión discursiva.

En el siglo XIX en lo atinente a los derechos de las mujeres, importó reducirlas al campo de lo privado y a la función materna. Justamente, al reducir el cuerpo femenino exclusivamente a la maternidad, a la mujer se la suponía débil y predispuesta a sufrir trastornos mentales. Es decir, la mujer del siglo XIX es una eterna enferma **(5)**.

Como expresa Meler **(6)**, los criterios de salud mental son ideológicos, en tanto lo que es

(3) BASAGLIA, Franco. (1972). "Espacio y locura. La institución de la violencia". En: La Institución Negada, Informe de un Hospital Psiquiátrico.

(4) CUÑAT, M. "El enigma de Doña Juana Sagrera". Premio de ensayo "Carmen de Burgos", Almería, Diputación de Amería, Instituto de Estudios Almerienses, 2008.

(5) El género podía ser causa de enfermedad mental, así como los fenómenos fisiológicos ligados al ciclo reproductor femenino. Estos se reconocían como uno de los factores causales más constantes de locura. PLUMED, J. "La etiología de la locura en el siglo XIX a través de la psiquiatría española", Frena, volumen IV, 2 (2004), ps. 69-91.

(6) MELER, Irene, en http://www.topia.com.ar/articulos/g%C3%A9nero-y-salud-mental.

considerado saludable o patológico se vincula con los usos, costumbres y valores característicos de cada cultura. Por ese motivo planteó un nexo significativo entre salud mental y reproducción social.Ya en la actualidad, los planteamientos sobre la enfermedad mental y las mujeres toman otro interés, ya que el malestar emocional de las mujeres está medicalizado. Es un hecho contrastado que las mujeres consumen más psicofármacos que los hombres, pero hay muy pocos estudios sobre las diferencias de género acerca del efecto de estos fármacos y el clínico los prescribe indistintamente a hombres y mujeres **(7)**.

Es de todas luces que cuanto más disimulada y sutil sea la violencia mayor será su eficiencia para mantener despierta y clara la memoria de la regla impuesta y al mismo tiempo. Podrá preservar en el olvido el carácter arbitrario y poco elegante de la violencia fundadora, así como los placeres propios del mundo que ella negó. Se diseña así el universo amplio y difuso de la violencia psicológica, que podemos denominar como "violencia moral", y que consiste en el conjunto de mecanismos legitimados por la costumbre para garantizar el mantenimiento de los estatus relativos entre los términos de género. Estos mecanismos de preservación de sistemas de estatus operan también en el control de la permanencia de jerarquías en otros órdenes, como el racial, el étnico, el de clase, el regional y el nacional **(8)**.

En todas las sociedades hay desigualdades entre mujeres y hombres respecto a las actividades que realizan, en el acceso y control de recursos, y en las oportunidades para tomar decisiones, lo que influye de manera determinante en el proceso de salud y enfermedad y coloca a las mujeres en situación de mayor vulnerabilidad para la salud física y mental **(9)**.

Justamente, poder dar cuenta de estos fenómenos implica incluir en nuestro análisis la perspectiva de género. Es decir, poner las relaciones históricas de poder entre hombres y mujeres en el centro de cualquier análisis e interpretación de la realidad. No debemos olvidar que la gran mayoría de los mecanismos que fueron concebidos para la defensa y promoción de los derechos humanos fueron creados a partir de descripciones de la realidad que no incluyen a las mujeres ni las relaciones de poder entre estas y los hombres, que las violaciones cotidianas a sus derechos humanos son invisibles y hasta las más atroces violaciones consideradas triviales. De ahí la necesidad de incorporar la perspectiva de género en todos las interpretaciones y análisis de la realidad **(10)**.

Entre las acciones que deberían llevar a cabo para incorporar la perspectiva de género Alda Facio señaló:

- Tomar conciencia de que en toda descripción de la realidad hay una perspectiva presente y que lo más probable es que esta sea una perspectiva androcéntrica, es decir, una perspectiva que parte de la visión de un hombre adulto, blanco, adinerado, sin discapacidad, heterosexual, de la religión dominante, etc.

- Tomar conciencia de que, aunque se pertenezca al género femenino, y/o a una clase, edad o grupo discriminado, es muy probable que también la mirada de la realidad sea androcéntrica y que, por ende, para hacer una descripción género sensitiva, se deba hacer un esfuerzo consciente de no caer en ninguna de las manifestaciones de sexismo.

- Visibilizar a las mujeres de todas las edades, clases, razas, etc., de no ser posible, especificar de qué mujeres se trata y desde quién se está mirando.

(7) GUBERT, J. - ROCA, A. "Psicofármacos y género", en FERRANDO, L., "Salud Mental y género en la práctica clínica", Barcelona, Ars. Médica, 2007, p. 191 en FERRANDO, L., "Salud Mental y género en la práctica clínica", Barcelona, Ars. Médica, 2007, p. 191.

(8) SEGATO, Rita 2003 capítulo 2 "El género en la antropología y más allá de ella" en Estructuras elementales de la violencia Ensayos sobre género entre la antropología, el psicoanálisis y los derechos humanos, UNqui.

(9) POLO, C. "Vulnerabilidad psicosocial y género" en FERRANDO, L., "Salud Mental y género en la práctica clínica", Barcelona, Ars. Médica, 2007, p. 191.

(10) FACIO, Alda, "La Perspectiva de Género", julio de 2009, texto inédito (por gentileza de su autora).

- Identificar las barreras que se erigen contra la participación y productividad de las mujeres en las esferas política, económica, cultural, religiosa, legal, artística, ideológica, etc.

- Tomar en cuenta lo que piensan y sienten las mujeres sobre el tema que se está describiendo o analizando y sugerir formas de superar la discriminación que sufren todas las mujeres.

Si queremos pensar la perspectiva de género vinculada con la salud mental, son muy importantes los informes que en esta materia viene llevando a cabo la Organización Mundial de la Salud.

En tal sentido, se requiere la integración de las perspectivas de género en la salud pública, importa tener en cuenta las diferentes necesidades de la mujer y del hombre en todas las fases del desarrollo de políticas y programas. El objetivo fundamental es lograr la igualdad de género.

El hito fundamental en la lucha por la igualdad de los derechos de las mujeres a nivel internacional fue la aprobación por parte de la Asamblea General de las Naciones Unidas, de la "Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer" (CEDAW), en diciembre de 1979, la cual entró en vigor el 3 de septiembre de 198 **(11)**.

Conforme surge de sus fundamentos, este importante documento internacional en materia de derechos humanos trae a colación dos antecedentes de relevancia. En primer lugar, la Carta de las Naciones Unidas, que reafirma la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana y en la igualdad de los derechos del hombre y de la mujer.

En el ámbito interamericano esta consideración fue retomada años más tarde por la Convención Americana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer, llamada comúnmente Convención de "Belém do Pará". Allí también ya desde su prólogo se ponía el acento en este tema al señalar la preocupación porque la violencia contra la mujer es una ofensa a la dignidad humana y una manifestación de las relaciones de poder históricamente desiguales entre mujeres y hombres.Por otra parte, la ley 26.485 de "Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que Desarrollen sus Relaciones Interpersonales", sancionada el 11 de marzo de 2009 y promulgada de hecho el 1° de abril del mismo año importo un avance.

La ley asume la tesis de que la agresión a una mujer constituye una violencia estructural que encuentra su fundamento en las relaciones desiguales y jerarquizadas entre los sexos **(12)**.

En lo que respecta particularmente a los temas de salud y discapacidad, debemos considerar especialmente las previsiones que en la materia incluye la Convención de Naciones Unidas sobre los Derechos de las personas con Discapacidad, que se abrió para la firma el 30 de marzo de 2007 y entró en vigor el 3 de mayo de 2008. Esta Convención fue aprobada por el Congreso Nacional mediante la ley 26.378, promulgada el 6 de junio de 2008.

Allí, ya desde su preámbulo se reconoce que las mujeres y las niñas con discapacidad suelen estar expuestas a un riesgo mayor, dentro y fuera del hogar, de violencia, lesiones o abuso, abandono o trato negligente, malos tratos o explotación (apartado q). También se subraya allí la necesidad de incorporar una perspectiva de género en todas las actividades destinadas a promover el pleno goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales por las personas con discapacidad (apartado s).

Luego, el art. 6° de la Convención se refiere específicamente a la situación de las mujeres

(11) Se incorpora a nuestro derecho interno, a través de la ley 23.179 Sancionada el 8/05/1985, promulgada el 27/05/1985 y publicada en el BO el 3/06/1985. Define la discriminación contra la mujer como: "Toda distinción, exclusión o restricción basada en el sexo, que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce y ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera" (art. 1°).

(12) ANDRÉS DOMINGO, P., "Violencia contra las mujeres. Violencia de género", en RUIZ JARABO, C., - BLANCO P., "La violencia contra las mujeres. Prevención y detección", Díaz de Santos, Madrid, 2004, ps. 30-33.

con discapacidad. Allí se consigna: 1. Los Estados Parte reconocen que las mujeres y niñas con discapacidad están sujetas a múltiples formas de discriminación y, a ese respecto, adoptarán medidas para asegurar que puedan disfrutar plenamente y en igualdad de condiciones de todos los derechos humanos y libertades fundamentales. 2. Los Estados Parte tomarán todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la presente Convención.

Con la nueva Ley de Salud Mental 26.657 (en adelante LNSM) sancionada finalmente el 25 de noviembre de 2010, importo una conquista en materia de derechos humanos, reafirmando el modelo social, de dejar de llamarlas personas con discapacidad a considerarlas usuarios de un servicio de salud mental, a ser protagonistas de su vida, a dotarlos de pertenencia, de dignidad. Y brindarles un sistema de apoyo, que es como se llama "apoyo" en la toma de sus decisiones. Ya no se las suple como sucedía con el arcaico "curador", del Código Civil de Vélez Sarsfield (ley 17.711) y cosificaba a la persona, no se la consideraba como sujeto de derecho sino como objeto. Sin voz, sin pensar que sentía, que tenía potencialidades, habilidades que podían ser recuperadas y para eso se requería desmanicomializar las mentes de nuestros legisladores-operadores del sistema.

Lo prealudido es producto de un larguísimo proceso de luchas sociales, de revelarse al sistema imperante, de un paternalismo injustificado, de dolor para muchos sectores como los sufrientes, los trabajadores de salud mental, las organizaciones que pudo dar frutos con la nueva ley de salud mental, el Código Civil y Comercial que respeto los estándares de los instrumentos internacionales en la materia como la ley especial citada.

La LNSM viene a llenar también las carencias normativas que sirven de base para la adopción de políticas públicas efectivas en pos de la realización de la persona en comunidad. El viejo modelo tutelar manicomial de incapacitación del sujeto y sustitución en la toma de decisiones logro ser reemplazado, adecuándose a los nuevos estándares internacionales sobre derechos humanos, que tiene carácter vinculante la Convención de los derechos de las personas con discapacidad (CDPD) y a los pronunciamientos del alto tribunal argentino.

En suma, que la estigmatización normativa, la discriminación y la fuerte influencia del discurso médico-jurídico constituyen vulneraciones de derechos humanos y nuestro país no debería menoscabar los compromisos internaciones asumidos entre otros, con relación a las 100 Reglas de Brasilia de Acceso a la Justicia de las Personas en condición de vulnerabilidad. El incumplimiento de compromisos internacionales en materia de derechos humanos, generan responsabilidad domestica e internacional, en su caso, para la Argentina.

La internación como recurso terapéutico excepcional, transitorio y de carácter restrictivo que debe realizarse preferentemente en hospitales generales. Cuando se refiere a internaciones en general, la ley alude a internaciones terapéuticas para aventar un riesgo grave, "cierto e inminente", como único legitimador de una internación involuntaria forzosa (art. 20). A su vez, dio lugar a la eliminación del concepto de peligrosidad como fundamento de tratamientos coactivos, en especial la internación involuntaria.

Dicha ley representa un hito central en el campo de la salud mental en Argentina, tanto como forma de orientar la atención sanitaria de las problemáticas de salud mental, como así también, reconocer y garantizar los derechos humanos de las personas usuarias de los servicios de salud mental.

III. Palabras finales

Se advierte en lo cotidiano, que, en los equipos de salud, medios de comunicación, las áreas de docencia, en los distintos dispositivos, en todos los extractos sociales preexiste una resistencia a pensar en el sujeto hoy usuario como parte de nosotros. Un ser que tiene que ser integrado por cada uno de los actores sociales en y con la comunidad. Donde se resalten, el respeto por sus decisiones, una mirada de empatía, donde prime el principio de igualdad, no discriminación, entre otros.

Es imprescindible que la perspectiva de género que visibiliza a todo un colectivo social que sufre los atropellos en derechos, valores, no quede como letra muerta, sino que podamos en este caminar juntos trabajar paso a paso para construir la defensa operativa de sus derechos.

Se requiere un compromiso de toda la comunidad, generar espacios de debate, de pensar al sujeto usuario del servicio de salud mental desde los valores comunitarios sumado a la necesidad de recursos humanos y dispositivos que corresponden a la esfera de la política pública. Asimismo, el análisis de los avances y retrocesos en la práctica para garantizar los derechos que se consagran en la normativa nos desafía en este rumbo trazado.

Los resabios del paradigma patriarcal siguen latentes en muchos sectores de nuestra sociedad y el camino que tenemos por delante de concientizar es primordial. Importa la revalorización del otro como sujeto, y no como objeto de intervención, que deniega sus posibilidades de crecimiento y realización personal, socavando su autoestima al catalogarlo en función de la situación de enfermedad que atraviesa, desconociendo las cualidades y atributos particulares que le confieren su identidad.

En la actualidad aún prevalece el modelo médico-hegemónico que orienta el accionar de los profesionales de la salud, el cual se encuentra fuertemente enraizado con una concepción del hombre como "objeto de intervención", aislándolo de la coyuntura social, política y económica que lo circunda. No se trata de "cerrar camas" en los monovalentes, "de tirar abajo al manicomio", más bien se trata de "derribar los muros mentales".

Las palabras marcan toda una posición que encuadra nuestro accionar. Como agentes de salud, como investigadores, abogados, funcionarios públicos, como vecinos, como humanos. Es en la comunidad, con la comunidad.