

RCCyC

REVISTA CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

FAMILIAS • OBLIGACIONES • INSOLVENCIA

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

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

COORDINADORES:

José H. Sahián

María Carolina Abdelnabe Vila

Año VIII | Número 4 | Agosto 2022

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: 4806-5106

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

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

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

Se terminó de imprimir en la 1ra. quincena de agosto de 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

DIRECTORES EJECUTIVOS:

Pablo D. Heredia

Carlos E. Camps

María Fabiana Compiani

COORDINADORES:

José H. Sahián

María Carolina Abdelnabe Vila

Año VIII | Número 4 | Agosto 2022

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 Wierzb
Diego Zentner

Penal

Mary Beloff
Alberto Edgardo Donna
Daniel Pastor

Laboral

Mario Ackerman
Adrián Goldin

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 Covi
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
Jonathan A. Linovich
Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

ÍNDICE

DOSSIER

PLANIFICACIÓN SUCESORIA

La planificación sucesoria. Los pactos de herencia futura del artículo 1010 del Código Civil y Comercial y los límites <i>Francisco A. M. Ferrer - Esteban M. Gutiérrez Dalla Fontana</i>	5
La mejora como herramienta de planificación sucesoria <i>Mariana B. Iglesias</i>	14
Planificación sucesoria patrimonial y extrapatrimonial. Las directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial y en los proyectos de modificación <i>María Cristina Mourelle de Tamborenea</i>	25
Planificación sucesoria <i>Fernando Pérez Lasala - María Valeria Lizárdez</i>	42
La indivisión forzosa de la herencia como modo de planificación o pacto sucesorio <i>Gabriel Roller</i>	50

SEGUROS

La pervivencia invariable de una ley de 1967 en el siglo XXI <i>Julián Cruz Borrelli - Nicolás Vázquez</i>	59
El plazo de prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro cuando constituye un contrato de consumo <i>Carlos J. M. Federik</i>	68
Límites del contrato de seguro según la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe: cláusulas abusivas <i>Joaquín A. Hernandez</i>	79
Dirección del proceso <i>Miguel A. Piedecasas</i>	90
El objeto exclusivo de las (re)aseguradoras: alcance teórico y práctico <i>María José Sánchez</i>	107

FAMILIA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Escolaridad del hijo. Prohibición de cambio de colegio. Derecho del niño a ser oído. Posible existencia de acoso escolar. Abordaje	117
--	-----

La judicialización de las diferencias entre progenitores sobre aspectos atinentes a la responsabilidad parental

<i>Victoria Blanchard</i>	123
---------------------------------	-----

LENGUAJE ANDROCÉNTRICO EN ESCRITOS JUDICIALES

Alimentos a favor de los hijos. Contestación de demanda con discurso ofensivo y humillante hacia la mujer. Cultura patriarcal. Orden dada al demandado de respetar la dignidad de la actora en futuras presentaciones y a su abogado de realizar capacitaciones en cuestiones de género	127
---	-----

Tareas de cuidado, violencia patriarcal y perspectiva de género

<i>Carolina E. Grafeuille</i>	136
-------------------------------------	-----

DIVORCIO

Pedido de fijación de canon locativo por uso de vivienda que fuera sede del hogar conyugal. Procedencia.....	145
--	-----

Derechos en tensión: atribución de la vivienda familiar y pago por uso exclusivo del mismo inmueble durante la indivisión poscomunitaria. Un fallo poco esclarecedor

<i>Jorgelina Guilisasti</i>	150
-----------------------------------	-----

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Determinación del centro de vida del hijo menor. Cambio de residencia inconsulto. Interés superior del niño. Principio de buena fe.....	159
---	-----

Centro de vida, cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta y mudanza del progenitor de la residencia "principal"

<i>Mercedes Iturburu - Rodolfo G. Jáuregui</i>	170
--	-----

COMUNICACIÓN CON EL HIJO

Sentencia que ordena la restitución de los niños al hogar materno. Oposición de los niños en todo el proceso. Omisión de los tribunales involucrados de oír a los niños. Interés superior de los adolescentes. Interpretación de la ley.....	177
--	-----

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el respeto por los derechos de la niñez

<i>Juan Pablo Ríos - Antonella Caro</i>	185
---	-----

SUCESIONES

DOCTRINA

Derecho civil sucesorio en España y Argentina. La relevancia del derecho comunal de Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco

<i>Nicolás Malumán</i>	199
------------------------------	-----

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

DOCTRINA

La unificación de la responsabilidad civil resarcitoria en el Código Civil y Comercial: de los paralogismos a la aporía
Jorge P. Martínez..... 215

Nuevos estándares de responsabilidad civil en la medicina digital
José María Palacio 238

CONTRATOS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ARRENDAMIENTO RURAL

Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual. Resolución del contrato 249

La extinción unilateral en el arrendamiento rural
José Ignacio Pastore 262

DERECHOS REALES

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Alcances. Requisitos. Emplazamiento a los herederos. Inaplicabilidad. Fijación de canon locativo 275

Derecho real de habitación del cónyuge supérstite. Protección legal contra el desahucio. Implicancias humanitarias y de carácter afectivo
María Florencia Franchini 283

SOCIEDADES

DOCTRINA

Administradores y representantes orgánicos de hecho de personas jurídicas
Pedro Sánchez Herrero 299

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Información sumaria. Admisión. Realización del proyecto de vida familiar 311

La adopción en el extranjero por pretensos adoptantes locales. Solución judicial ante un problemático rigorismo formal <i>Leandro Baltar</i>	315
---	-----

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

Insolvencia transfronteriza en tiempos de COVID-19: propuestas de armonización legislativa en el Mercosur <i>Godofredo Agustín Ortiz</i>	327
---	-----

TECNOLOGÍA Y DERECHO PRIVADO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

FIRMA ELECTRÓNICA	
Contratos de distancia. Diferencias con la firma digital. Instrumento particular no firmado. Imposibilidad de preparar la vía ejecutiva	343
Preparación de la vía ejecutiva en documentos firmados electrónicamente <i>Raúl A. Farías</i>	350

DOSSIER

PLANIFICACIÓN SUCESORIA

La planificación sucesoria

Los pactos de herencia futura del artículo 1010 del Código Civil y Comercial y los límites

Francisco A. M. Ferrer^(*)

Esteban M. Gutiérrez Dalla Fontana^(**)

Sumario: I. Planificación sucesoria.— II. La evolución jurídica hacia la planificación de la herencia.— III. La planificación en el derecho argentino.— IV. Los pactos de herencia futura y los pactos autorizados por el artículo 1010.— V. Límites a la planificación.— VI. Conclusión.

I. Planificación sucesoria

Se afirma con sustento que la planificación sucesoria es el conjunto de disposiciones por actos entre vivos o *mortis causa* adecuadas para transmitir de la mejor manera el patrimonio material y espiritual, a fin de que esa distribución responda a las voluntades y los deseos del causante y a las necesidades de los herederos (1).

Existen diversos medios e instrumentos para lograrla, que van desde el testamento, con las diferentes variantes de su amplio contenido, que ha sido y sigue siendo un instrumento principal o complementario de la planificación sucesoria (2),

(*) Abogado y doctor en Derecho por la Universidad Nacional del Litoral (Santa Fe). Director de la carrera de posgrado de Especialización en Derecho de Sucesiones de la Universidad Nacional del Litoral.

(**) Abogado (UNL). Especialista en Derecho Administrativo (UNL). Especialista en Derecho Sucesorio (UNR). Docente de grado y posgrado (UNL) (UCSF). Doctorando en Ciencias Jurídicas (UCSF). Procurador General de Herencias Vacantes en el Ministerio de Educación de la Provincia de Santa Fe.

(1) Entre otros, ver GLIKIN, Leonardo J., "Pensar la herencia", Ed. Emecé, Buenos Aires, 1995, p. 23.

(2) SERRANO DE NICOLÁS, Ángel, "Derecho de familia y sucesiones", Ed. Olejnik, Santiago de Chile, 2016, ps. 318 y ss.

hasta el pacto de herencia futura permitido en relación con las explotaciones productivas y participaciones societarias, pasando por el fideicomiso, la donación y la partición por ascendiente, entre otros.

Los objetivos que abarca la planificación son variados: la partición y la división del patrimonio hereditario, la conservación y continuidad de empresas productivas, la protección de herederos discapacitados, la previsión de eventuales disputas, no agotándose con estos ejemplos el cúmulo de ellos (3).

En el ejercicio de tal facultad deben respetarse los límites, en primer lugar, de las normas y los principios que surgen del bloque de constitucionalidad, compuesto por la CN, los tratados internacionales y toda la normativa dictada al efecto. Y, en segundo término, los que surgen de las normas imperativas del Cód. Civ. y Com., que veremos más adelante.

Pues, en efecto, adelantamos que en la búsqueda del objetivo perseguido por la planificación no puede perderse de vista que no existe una absoluta e ilimitada libertad de disponer para después de la muerte, más allá de algunas

(3) FERRER, Francisco A. M., "Planificación sucesoria", RC D 672/2021.

voces que se alzan contra tal afirmación, pues hubo y habrá siempre limitaciones fundadas en la buena fe, el abuso del derecho, el orden público de las legítimas, el interés familiar y el de los miembros que integran tal estructura, el principio de no dañar, la equidad, entre otros.

Es decir que, en nuestro derecho, la persona se mueve entre dos fuerzas fluidas dice Vallet de Goytisolo (4), compuestas por la autonomía de la voluntad y el orden público vigente, entendido como "la protección inviolable que el Estado dispensa a un ordenamiento jurídico para asegurar su integral vigencia en vista de una particular apreciación del bien común, la seguridad y la justicia" (5).

Esas fuerzas determinan el ámbito de libertad que tiene el sujeto, conforme al contexto, la comunidad y la sociedad en la que se desenvuelve, buscando primordialmente la satisfacción del bien común.

El derecho tiene precisamente como función primordial crear la situación social más propicia para la realización de cada persona dentro del bien común, pues su rol primario es liberador (6). Por ello encontramos, de un lado el poder y del otro la libertad de disposición, que en ningún caso es absoluta, pues ello es un mito (7).

(4) VALLET DE GOYTISOLO, Juan, "Limitaciones de derechos sucesorios a la facultad de disponer - Las legítimas", Ed. Instituto Nacional de Estudios Jurídicos - Imprenta Aguirre, Madrid, 1974, t. I, ps. 3-4.

(5) PÉREZ LLANA, Eduardo A., "La noción de orden público en el derecho privado positivo", *Revista de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral*, Santa Fe, 1956, nros. 86-87, p. 280.

(6) FERNÁNDEZ SESSAREGO, Carlos, "Derecho y persona", Ed. Normas Legales, Trujillo, 1995, 2ª ed., ps. 102-103.

(7) ZAVALÍA, Clodomiro, "Historia de la Corte Suprema de Justicia del Rep. Argentina con biografías de sus miembros", Ed. DAS, Buenos Aires, 2019, p. 134: "Los derechos han de ejercerse conforme a las leyes que las reglamenten, y estas leyes no pueden alterar aquellos derechos, ni los demás principios y garantías reconocidos por la Constitución. Y es la acertada y no siempre fácil combinación de esos términos, en apariencia antagónicos, que ha de resultar el bienestar general y lograrse la prosperidad del país".

II. La evolución jurídica hacia la planificación de la herencia

En las legislaciones latinas de base romana solo se admiten como fuente de la vocación sucesoria la ley y el testamento. El testamento es un acto unilateral, de última voluntad, solemne y revocable hasta el último momento de la vida del testador. La revocabilidad es una característica esencial porque garantiza la libertad del testador de disponer de sus bienes para después de su muerte. Por tal razón fundamental han sido prohibidos los pactos sobre herencia futura, porque restringen y obstaculizan la esencial libertad testamentaria, reconociendo muy escasas excepciones.

No obstante, en las últimas décadas en el derecho comparado de dichas legislaciones se advierte un movimiento tendente a ampliar con importantes excepciones la tradicional prohibición de los pactos sobre herencias futuras.

Destacada doctrina autoral postula ampliar la facultad de disposición del causante atribuyendo a las personas la facultad de disponer de sus bienes para después de su muerte no solo a través del testamento, sino mediante el mayor elenco posible de negocios jurídicos, como los pactos o contratos sucesorios *inter vivos* destinados a arreglar su sucesión futura (8).

Por otra parte, la legislación moderna favorable a los pactos sucesorios se consagró en el Cód. Civil alemán de 1900, que admite los pactos institutivos y renunciativos (arts. 2274, inc. 2º, 2302, 2346 a 2352); en el Cód. Civil suizo, que recepta la regla general de admisibilidad de los pactos (arts. 485 y 636); y en el Cód. Civil austriaco, que admite asimismo a los pactos como

(8) PALAZZO, Antonio, "Le successioni", Giuffrè, Milano, 1996, t. I, ps. 46 y ss.; LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, "Divieto della vocazione contrattuale", en DELLE MONACHE, Stefano (a cura di), *Tradizione e modernità nel diritto successorio*, Cedam, Padova, 2007, ps. 139 y ss.; IEVA, Marco, "Divieto di patti successori e tutela dei legittimari", en DELLE MONACHE, ob. cit., ps. 297 y ss.; PÉREZ GALLARDO, Leonardo B., "En pos de necesarias reformas al derecho sucesorio en Iberoamérica", en la obra dirigida por el mismo autor, *El derecho sucesorio en Iberoamérica. Tensiones y retos*, Ed. Temis - Ubijus - Reus - Zavalía, Bogotá - México - Madrid - Buenos Aires, 2010, ps. 21-24; SÁNCHEZ ARISTI, Rafael, "Dos alternativas a la sucesión testamentaria: pactos sucesorios y contratos *post mortem*", Ed. Comares, Granada, 2003.

fuente de derechos sucesorios, y contempla además el pacto renunciativo con el futuro causante (arts. 533, 534 y 551).

La evolución contemporánea de los derechos privados latinos más afines con nuestra tradición jurídica parece dirigirse en la dirección de estas legislaciones permisivas.

En efecto, hoy se tiende a una más grande libertad en todos los dominios, sea para lograr el otorgamiento de nuevas libertades, para rechazar los límites de las existentes o para suavizar ciertos constreñimientos. El derecho sucesorio no ha podido quedar al margen de esta evolución. Y así apreciamos que desde hace años se reclama desde diversos sectores una más amplia libertad testamentaria. La ola contemporánea del derecho negociado, que sostiene el predominio de la autonomía de la voluntad, ha conmocionado la prohibición de pactos sobre herencia futura y el régimen de las legítimas hereditarias, pilares fundamentales del orden público sucesorio clásico. Tales principios han sufrido el embate de una tendencia manifestada primigeniamente en la doctrina europea que brega por la flexibilización de la prohibición de los pactos. Y también se postula la disminución de las cuotas legítimas, el ablandamiento de su régimen protectorio e incluso también la derogación del sistema, para lograr la vigencia plena de la autonomía privada y de la libertad del futuro causante para disponer y organizar su futura sucesión.

Así como el ejercicio de la autonomía privada se admite cada vez con mayor amplitud en las relaciones familiares y conyugales, personales y patrimoniales, suscitándose el fenómeno de la contractualización del derecho de familia, también en las relaciones hereditarias el impulso de la autonomía de la voluntad ha hecho retroceder y ha acotado los alcances de la prohibición de los pactos sucesorios, aumentando el número de pactos sobre sucesiones futuras autorizados, por vía jurisprudencial y por vía de la ley, a tal punto que ya también se habla del movimiento de “contractualización” del derecho de sucesiones, configurándose un nuevo derecho sucesoral fundado más sobre las necesidades de la empresa y de las voluntades indivi-

duales que sobre los razonamientos y la técnica jurídica (9).

Al admitir el contrato como cauce de la transmisión intergeneracional de bienes, la ley busca adaptar la sucesión a las nuevas condiciones económicas y sociales de nuestra época y dar solución a la diversidad y a la complejidad de las situaciones que en ciertos casos plantean las transmisiones hereditarias. Los notarios franceses, con base en su experiencia profesional y a las necesidades familiares y económicas de sus conciudadanos, denunciaron el carácter anacrónico de la prohibición de pactos sobre sucesiones no abiertas, sosteniendo que es contraria a las exigencias de la economía moderna y reclamaron su abrogación (10). En este sentido se ha afirmado que el concepto de planificación sucesoria implica mirar un horizonte más amplio que el que ofrece el testamento, pues por sus características se revela inidóneo para realizar ordenadamente una sucesión anticipada, respecto de la cual adquiere importancia y trascendencia práctica el contrato, que ofrece estabilidad y certeza a las relaciones jurídicas (11).

El objetivo directo que impulsó en las últimas décadas esta tendencia ha sido evitar la desaparición de las pequeñas y medianas empresas, de carácter personal, familiar o societario, como consecuencia de la transmisión sucesoria y del principio de la partición forzosa. Se persigue asegurar y facilitar su continuidad mediante tales pactos sucesorios en beneficio de la economía general del país, disponiendo que esos emprendimientos queden para el heredero o el tercero idóneos y capacitados para gestionar su administración, compensando a los restantes herederos su cuota legítima. La exigencia advertida de introducir institutos dirigidos a sal-

(9) MALAURIE, P. - BRENNER, C., "Les successions, les libéralités", LGDJ, 6me. éd., Paris, 2014, nros. 680 y 686; PÉRÉS, C. - VERNIÈRES, C., "Droit des successions", PUF, Paris, 2018, nros. 399 y 414; FERRER, Francisco A. M., "La contractualización del derecho sucesorio", LA LEY del 30/09/2019.

(10) "La dévolution successorale", 72e. Congrès de Notaires de France, Deauville, 1975, ps. 71 1-716.

(11) BARBA, Vincenzo, "Atti di disposizione e pianificazione ereditaria", en SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDI DEL DIRITTO CIVILE, *Libertà di disporre e pianificazione ereditaria*, Ed. Scientifiche Italiane, Napoli, 2017, ps. 181-185.

vaguardar en el tiempo, y por consiguiente más allá de la vida de los sujetos, la estructura de la empresa y la gestión de ella rompe el paradigma individualístico y endofamiliar de la disciplina sucesoria coloreándola de implicancias sociales. Estamos, entonces, progresivamente tomando conciencia del hecho de que la vicisitud sucesoria *mortis causa* incide más allá de los intereses de los familiares del causante (12).

Los datos de la realidad económica habían evidenciado la inadecuación del sistema desde el momento en que muchas empresas no mucho tiempo después de la muerte de su titular o fundador entraban en crisis a causa de las dificultades para gestionar y administrarlas debido a la implicancia de todos los herederos del titular, implicancia que se torna inevitable por el mecanismo sucesorio *mortis causa*, incompatible con la exigencia de concentrar la dirección del patrimonio en las manos de los sujetos dotados de la apropiada formación, idoneidad y capacidad para tal función. Esta necesidad de asegurar la continuidad y racionalidad de la gestión administradora de la empresa fue asumida por los organismos directivos de la Unión Europea, lo cual indujo a la Comisión Europea a dictar la recomendación del 07/12/1994 dirigida a los países miembros aconsejando la flexibilización de las disposiciones legales concernientes a la legítima y a la prohibición de los pactos sobre herencia futura, que debería derogarse a fin de facilitar la sobrevivencia de las pequeñas y medianas empresas con posterioridad a la muerte del empresario (13). Pocos años después, la Comisión organizó un Foro sobre transmisión de empresas, en Lille (Francia, 1997), en el cual se recomendó a los Estados que prohíben los pactos sucesorios que analicen la posibilidad de autorizarlos, porque esta prohibición complica innecesariamente la transmisión del

patrimonio y su gestión (14). Finalmente, con la com. 98/C93/02, la Comisión invita a los Estados miembros a tornar más razonable y eficiente las normas que regulan el pasaje generacional de la empresa de pequeña y medianas dimensiones, pues se ha comprobado que cada año miles de empresas son obligadas a cesar su actividad a causa de insuperables dificultades inherente a las sucesiones, y que tales liquidaciones tienen repercusiones negativas sobre el tejido económico, y sobre sus acreedores y empleados (15).

Como resultado de la promoción de esta política legislativa el Parlamento Europeo y el Consejo sancionaron el 04/07/2012, el Reglamento Europeo de Sucesiones, con vigencia en 25 Estados miembros, sobre competencia judicial internacional, ley aplicable en el sistema conflictual europeo, aceptación y ejecución de resoluciones y creación de un certificado sucesorio europeo, persiguiendo, entre otros objetivos fundamentales, alentar la planificación anticipada de la sucesión, facilitar el funcionamiento del mercado interno eliminando los obstáculos que se presentan en las sucesiones *mortis causa* con repercusiones transfronterizas (consid. 7º), y favorecer la circulación de los pactos sucesorios en el espacio europeo a fin de asegurar que los ciudadanos europeos puedan organizar su sucesión en el contexto de la Unión (consids. 7º y 8º) (16).

Por ello, con gran acierto, el Cód. Civ. y Com. ha receptado esta tendencia legislativa, volcando en el articulado de la norma de fondo una realidad cotidiana que suele aparecer al momento del fallecimiento de una persona (17), contemplando previsiones novedosas como la establecida en el segundo párrafo del art. 1010.

(14) VIÑAS, R. - GARRIGA, G. (coords.), "Perspectivas del derecho sucesorio en Europa", Ed. Marcial Pons, Madrid, 2009, p. 159.

(15) LIPARI, Nicolás, ob. cit., p. 14.

(16) Sobre este Reglamento, consultar: CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, "El reglamento sucesorio europeo N° 650/2012 del 04/07/2012. Análisis crítico", Ed. Comares, Granada, 2014; BONOMI, A. - WAUTELET, P., "El derecho europeo de sucesiones", Ed. Thomson Reuters - Aranzadi, Pamplona, 2015.

(17) ROLLER, Gabriel, en RIVERA, Julio C. - MEDINA, Graciela, "Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012. División forzosa y partición", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1148.

(12) LIPARI, Nicolás, "Prospettive della libertà di disposizione ereditaria", en SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDI DEL DIRITTO CIVILE, ob. cit., p. 15.

(13) SCHULTE ET BRAUCKS, "Les activités de la Commission Européenne pour la transmission de petites et moyennes entreprises, le rôle de la fiducie", en HERBOTS, J. - PHILIPPE, D. (dirs.), *Le trust et le fiducie. Implications pratiques*, Bruylant, Bruxelles, 1997, ps. 233 y ss.; LUCCHINI GUASTALLA, Emanuele, ob. cit.; TRABUCCHI, Alberto, "Istituzioni di diritto civile", Wolters Kluwer - Cedam, Padova, 2017, 48ª ed., p. 653, nota 1. Autores estos que se manifiestan de acuerdo con la recomendación de la Comisión Europea.

III. La planificación en el derecho argentino

Es pertinente destacar que la planificación sucesoria no es una novedad que surge a partir de la sanción del Cód. Civ. y Com. del 2015, sino que es una práctica que en mayor o menor medida ya existía y en alguna medida se venía practicando durante la vigencia del Cód. velezano.

Dicha planificación podía hacerse, si bien estaba vigente la prohibición expresa del art. 1175 del Cód. Civil, a través de diversas excepciones e instrumentos que preveía el mismo Cód. Civil y que fueron replicadas por el Cód. Civ. y Com., con la innovación de la norma del art. 1010, párr. 2º, que abre una vía limitada para pactos de herencia futura sobre explotaciones productivas o participaciones societarias.

La doctrina autoral, en efecto, venía bregando por la realización y armonización de las normas civiles y las comerciales. Así, como muestra y con motivo de las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en San Miguel de Tucumán en el año 2011, se aprobó *de lege ferenda* una conclusión en la comisión 7, "Sucesiones", que postuló la necesaria coordinación del derecho sucesorio y el derecho societario: "El derecho privado, que debe proteger la dinámica de los negocios jurídicos para garantizar la continuidad de la actividad productiva, aún durante el estado de indivisión hereditaria, debe formular normas que armonicen el derecho societario al derecho sucesorio, para otorgar claridad al actual sistema" (18).

Siguiendo tal postulado, y en el marco de esta armonización, el Cód. Civ. y Com., si bien mantiene la prohibición genérica en el art. 1010, párr. 1º: "La herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares", seguidamente, en el párr. 2º expresa que los "pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones a favor de los legitimarios. Estos pactos, agrega, son válidos,

sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros".

Esto constituyó una novedad que flexibilizó notoriamente la prohibición genérica y habilitó con mayor amplitud la "planificación sucesoria" en el ámbito de las explotaciones productivas o participaciones societarias, la cual consiste en articular un conjunto de medidas o de acciones, con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona (19).

Así se puso un mayor acento en la libertad de la persona y en el ejercicio de la autonomía de la voluntad de cada persona para decidir sobre el futuro de su empresa.

Esta planificación se realiza con la finalidad de asegurar la preservación y continuidad de los emprendimientos familiares y las fuentes de trabajo, evitando una transmisión traumática y litigiosa por los perjuicios que puede generar y que frecuentemente culminan con la liquidación de la empresa, previsión que resulta, entonces, una estrategia útil y aplicable a las grandes, y también no tan grandes herencias (20).

Esta nueva visión de las sucesiones *mortis causa* trajo como consecuencia, efectivamente,

(19) Sobre estos pactos sucesorios, ver: MEDINA, Graciela, "Pactos sobre herencia futura", LA LEY, 2015-E, 1144; PÉREZ LASALA, José L. y Fernando, "Pactos sucesorios", en BASSET - PITRAU - ROLLER - RÓVEDA (coords.), *Los nuevos horizontes del derecho de las personas y la familia, Liber Amicorum Graciela Medina*, Ed. Rubinzal-Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2019, p. 756; GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, "Los pactos de herencia futura en el Código Civil y su regulación en el Código Civil y Comercial Unificado", Rubinzal Online; IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS - KRASNOW, "Derecho de las familias y de las sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, p. 685; FERRER, Francisco A. M., "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2015-D, 1124; HERNÁNDEZ - UGARTE, "Tratado de las sucesiones", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2018, t. I, ps. 126-127. Una visión crítica de esta innovación legislativa, en CÓRDOBA, Marcos M., "Pactos sobre herencia futura: el derecho vigente y el Proyecto", DFyP, dic. de 2013, y LAJE, Alejandro, "Pactos sobre herencias futuras", DFyP, mayo 2014. Réplica a estas críticas, en MEDINA, G. - ROLLER, G., "Derecho de las sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016, ps. 36-39.

(20) IGLESIAS, Mariana - HERNÁNDEZ, Carlos, "La planificación sucesoria: diálogo entre el derecho contractual y el derecho sucesorio", LA LEY, 2011-B.

(18) GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, "Las XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil y el Derecho Sucesorio", La Ley online.

el incremento de la práctica de planificar el destino de las participaciones societarias en empresas productivas, como pudimos comprobar en el ejercicio profesional.

Cabe precisar, en resumen, que el régimen del Cód. Civ. y Com. es el siguiente: se mantiene la prohibición general de los pactos sobre herencias futuras del primer párrafo del art. 1010 Cód. Civ. y Com., y solo pueden realizarse los que están expresamente autorizados por la ley, en cuanto son instrumentos útiles para la planificación sucesoria. Ellos son: el previsto en el segundo párrafo del mismo art. 1010 sobre explotaciones productivas y participaciones societarias; el pacto de reversión de la donación (arts. 1566 y 1965); la partición por ascendiente (arts. 2411 y ss., Cód. Civ. y Com.), la dispensa de colación o mejora en el acto mismo de la donación (art. 2385, párr. 1º), el pacto de conformidad con las enajenaciones efectuadas por el futuro causante a uno de sus herederos forzosos, con la modalidad de reserva de usufructo, uso o habitación, o la contraprestación de una renta vitalicia, que impide a los legitimarios que consintieron la enajenación demandar en el futuro la colación (art. 2461).

Agregamos también las siguientes estipulaciones de la ley 19.550 de Sociedades, que importan pactos sobre herencias futuras permitidos:

a) Sociedades colectivas y en comandita simple, art. 90: "En las sociedades colectivas, en comandita simple, de capital e industria y en participación, la muerte de un socio resuelve parcialmente el contrato. En las sociedades colectivas y en comandita simple, es lícito pactar que la sociedad continúe con sus herederos. Dicho pacto obliga a estos sin necesidad de un nuevo contrato, pero pueden ellos condicionar su incorporación a la transformación de su parte en comanditaria".

b) Sociedades de responsabilidad limitada, art. 155: "Si el contrato previera la incorporación de los herederos del socio, el pacto será obligatorio para estos y para los socios. Su incorporación se hará efectiva cuando acrediten su calidad; en el interín actuará en su representación el administrador de la herencia".

IV. Los pactos de herencia futura y los pactos autorizados por el artículo 1010

Entendemos por pactos de herencia futura aquellos en que el futuro causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdican sus derechos (art. 1010, Cód. Civ. y Com.).

También se los ha definido como los compromisos jurídicos que recaen objetivamente sobre el patrimonio hereditario de una persona viva, la que podrá ser parte contratando con personas ligadas por los vínculos de sangre o un tercero ajeno a la familia.

Al hablar de pactos sucesorios, hacemos referencia a la denominación abreviada de los pactos de herencia futura y aluden a todo contrato referido a la transmisión *mortis causa* y a la organización o división de la sucesión, antes de la apertura de ella, es decir, con anticipación a la muerte del causante (21).

Pactos sobre herencias futuras, en consecuencia, son aquellos que tienen por objeto una herencia futura o parte de ella, o un derecho particular perteneciente a esa herencia futura, y cuyo contenido trata de la disposición o transferencia de derechos sucesorios eventuales o a reglas de organización de la herencia y a otras cuestiones sucesorias (22).

Son requisitos de estos pactos que: a) recaigan sobre una sucesión no abierta; b) su objeto sea todo o parte de la herencia, o un objeto particular de ella; c) los intervinientes lo hagan a título hereditario, como futuro causante y heredero; d) el contrato se realice en dicha calidad no en virtud de otro título (23).

Son bilaterales, *inter vivos* y *mortis causa*, pues relacionan subjetivamente a personas vi-

(21) MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, "Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial", Ed. Hamurabi, Buenos Aires, 2000, p. 649.

(22) GUASTAVINO, Elías, "Pactos sobre herencias futuras", Ediar, Buenos Aires, 1968, p. 76.

(23) MOSSET ITURRASPE, Jorge, en BUERES, Alberto - HIGHTON, Elena, ob. cit., p. 650.

vas y *mortis causa*, porque van a adquirir su real relieve con la muerte del causante.

Pueden ser onerosos o gratuitos, de acuerdo con si hay o no una contraprestación dineraria.

Son irrevocables. Pues se trata de un acto entre vivos celebrado por dos o más personas vivientes, creando una relación intersubjetiva que une correlativa e inmediatamente a las partes, confiriendo desde su otorgamiento derechos irrevocables (24).

Son formales, pues las formas de la convención serán las requeridas para cada tipo de contrato (compraventa, donación, sociedad). No obstante, cabe señalar que el art. 1010 en su segundo párrafo no establece ninguna forma determinada para los específicos pactos que autoriza, pero por razones de seguridad jurídica es conveniente que se realicen por escritura pública (25), e incluso resultaría adecuado que se organice un registro específico para estos pactos en el ámbito notarial, como ocurre con los registros de testamentos. Y, además, que se confeccionen en forma independiente y aparte de los estatutos de las sociedades anónimas o de los contratos sociales, porque son arreglos intra familiares, ajenos al objeto social.

Tienen como límites legales, aquellos establecidos en el mismo dispositivo del art. 1010 Cód. Civ. y Com., constituidos por la legítima, los derechos del cónyuge y los de los terceros. A ellos cabe sumar otros que surgen del mismo texto del Cód. Civ. y Com., como veremos.

Tales características generales de los pactos sucesorios son aplicables a los pactos sobre explotaciones productivas o participaciones societarias previstos en el segundo párrafo del art. 1010.

En cuanto a su clasificación en máximos, intermedios o mínimos de acuerdo con que abarquen la universalidad de la herencia, una parte alícuota de la herencia objeto del contrato o un bien determinado de esa sucesión futura, consideramos que se trata de pactos mínimos, pues solo se refieren a bienes determinados de titularidad del futuro causante.

(24) GUASTAVINO, E., "Pactos sobre herencias futuras", ob. cit., p. 102.

(25) Conf. MEDINA, Graciela, ob. cit., nro. XVIII.

Estos pactos no son institutivos, o sea, que de ningún modo se puede por estos pactos instituir herederos o legatarios. Ni tampoco se puede a través de ellos renunciar a la futura herencia del titular de la empresa productiva o las participaciones societarias.

Pueden ser dispositivos, cuando el sucesible cede su expectativa hereditaria a una herencia futura ajena a favor de otra persona o contrata sobre algún objeto comprendido en ella. En nuestro caso, en los pactos sucesorios del párr. 2º del art. 1010, algunos de los futuros herederos ceden a favor de otro u otros coherederos su derecho sucesorio en expectativa sobre la empresa o las participaciones societarias de su progenitor, recibiendo a cambio una compensación patrimonial.

Debe destacarse el carácter familiar de la empresa productiva al que se refieren estos pactos, lo cual se deduce de los sujetos que pueden celebrarlos: solo los herederos forzosos, pues las compensaciones de que habla el párr. 2º del art. 1010 se pactan a favor "de otros legitimarios" (26).

En cuanto a las finalidades de estos convenios, la norma las acota solo a dos objetivos concretos: 1) mantener la unidad de gestión empresarial, para asegurar la continuidad de la explotación productiva o de la sociedad bajo cuya forma funciona la explotación, en la cual el futuro causante tiene participación; y, 2) prevenir o solucionar posibles conflictos entre los futuros herederos en relación con dichas unidades económicas, para asegurar su estabilidad y continuidad.

La apertura inaugurada con la autorización de estos pactos ha sido, por lo tanto, relativa y prudente, y la consideramos positiva (27), pues facilita organizar soluciones destinadas a ase-

(26) CORDOBA, Marcos M., en LORENZETTI, Ricardo L., "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, Santa Fe, 2015, t. V, p. 743; PÉREZ LASALA, José L. y Fernando, "Pactos sucesorios", en BASSET - PITRAU - ROLLERI - RÓVEDA (coords.) *Los nuevos horizontes del derecho de las personas y la familia*, ob. cit., p. 752.

(27) De acuerdo: MEDINA, Graciela, ob. cit., nros. X y XIX; GUTIÉRREZ DALLA FONTANA, Esteban, "Los pactos...", ob. cit., nro. VI y VII; IGLESIAS, Mariana, en IGLESIAS - KRASNOW, ob. cit., p. 685; nuestro trabajo: "Pactos sucesorios y el Código Civil y Comercial", LA LEY, 2015-D, 1124; HERNÁNDEZ - UGARTE, "ob. cit., t. I, ps. 126-127. Una visión crítica, en CORDOBA, Marcos M.,

gurar la estabilidad, conservación y continuidad de la unidad económica productiva, pequeña o mediana empresa de carácter familiar, permitiendo al empresario evaluar, decidir y convenir con todos sus herederos forzosos presuntivos, su transmisión sólo a los herederos capacitados y con voluntad de proseguir la actividad productiva, objetivos que de otro modo serían inviables, pues el testamento resulta insuficiente para su instrumentación.

No obstante, se impone observar que hubiese sido conveniente que la regulación de los pactos autorizados sea técnicamente más precisa y completa en cuanto a sus recaudos y efectos (forma, carácter familiar de la explotación, etc., y principalmente exigir la necesaria intervención del futuro causante en dichos pactos) (28), aspectos estos que deberían tener en cuenta futuras intervenciones del legislador.

En este sentido, el Anteproyecto de Reformas al Cód. Civ. y Com. de 2018 (ver *infra* parág. 151), propuso la reforma del art. 1010, e hizo interesantes y útiles aportes, pero dejó inalterados algunos de los aspectos que hubiese sido conveniente perfeccionar, que terminamos de referir. En efecto, incorpora el protocolo familiar que puede celebrar el titular de una explotación productiva con sus familiares para establecer un acuerdo sobre la manera de comunicación y toma de decisiones con la finalidad de gestionar de manera unitaria y preservar a largo plazo las relaciones entre la familia y la explotación productiva, pudiendo prever disposiciones sobre futuros derechos hereditarios y compensaciones a favor de otros legitimarios. Los derechos y obligaciones pactados en él se transmiten a los herederos. Pero luego mantiene inalterado el párr. 2º del actual art. 1010, aunque agrega un texto según el cual es válida la manifestación de voluntad de los legitimarios de no ejercer futuras acciones de colación o de reducción expresadas en el acto de donación o en un acto separado referido a la donación (art. 1010 bis y ter). En el art. 1010 *quater* dispone que en la interpretación de las cláusulas del protocolo los jueces privilegiarán el interés en la continuidad de la explotación productiva familiar.

"Pactos...", ob. cit., y LAJE, Alejandro, ob. cit.; réplica a estas críticas, en MEDINA, G. - ROLLERI, G., ob. cit.

(28) Conf. PÉREZ LASALA, José L. y Fernando, ob. cit., ps. 759-760.

Es positiva la propuesta de incorporar a nuestra legislación la figura del protocolo familiar, que tiene amplia difusión tanto en Estados Unidos como en Europa, y se considera fundamental para asegurar la continuidad de las empresas familiares a través de las sucesivas generaciones, dado la importancia que tienen tales empresas para la economía general del país. Está compuesto de una serie de cláusulas que regulan las relaciones entre la familia y la empresa para asegurar su eficaz funcionamiento y continuidad, contemplando y solucionando aquellos aspectos que pudieran suscitar conflictos sucesorios, mediante compensaciones, fideicomisos y actos partitivos. Se pone de relieve así la necesidad de adaptar las normas del derecho sucesorio a la realidad de las empresas familiares (29).

Y también es conveniente la renuncia anticipada de las acciones de colación y reducción en el acto en que se celebra el pacto, pues otorga seguridad y certeza a las relaciones familiares patrimoniales. El antecedente es la reforma francesa de 2006 (30).

Lamentablemente este proyecto no alcanzó a tener tratamiento legislativo, no obstante lo cual constituye un importante antecedente a tener en cuenta por legislador para nutrir las posibilidades de ejercer con mayor seguridad y certidumbre la autonomía de la voluntad del futuro autor de la sucesión.

(29) Ver: CUCURULL POBLET, Tatiana, "El protocolo familiar mortis causa", Ed. Dykinson, Madrid, 2015; DIEGUEZ OLIVA, Rocío, "Notas sobre algunos aspectos sucesorios de los protocolos familiares", en DOMÍNGUEZ LUELMO, A. - GARCÍA RUBIO, M. P. (dir.), *Estudios de derecho de sucesiones, Liber Amicorum T. F. Torres García*, Ed. La Ley, Madrid, 2017, ps. 330 y ss.

(30) Los arts. 929-930.5 *Code Civil*, autoriza la renuncia expresa del heredero forzoso a la acción de reducción contra toda liberalidad en favor de personas determinadas, sean los beneficiarios de la liberalidad pertenecientes o no a la familia, efectuada por el futuro causante, renuncia que debe ser aceptada por este, y se debe realizar con intervención de dos notarios, que deben especificar las consecuencias para el renunciante o renunciantes (arts. 929-930.5, *Code Civil*). Esta renuncia expresa a la acción de reducción constituye un pacto sobre sucesión futura excepcionalmente autorizado por la ley (MALAURIE, P., "Les successions, les libéralités", ob. cit., nros. 651-652 y 667; TERRE - LEQUETTE - GAUDEMET, "Les successions, les libéralités", Ed. Dalloz, Paris, 2013, 4e. éd., nro. 1229).

V. Límites a la planificación

La circunstancia de que una pluralidad de actos pueda concurrir a la realización de la planificación hereditaria, impone verificar cuáles son límites que el sistema legal prescribe respecto de cada tipo de acto, ya que resulta inevitable que la libertad de disponer, en función de una planificación hereditaria, no puede ser incondicionada (31).

En primer lugar, los pactos referidos a explotaciones productivas y a participaciones societarias, encuentran límites expresos en el art. 1010 *in fine*, en cuanto no pueden perjudicar la legítima de los herederos forzosos, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

También a ellos se suman fundamentalmente los límites erigidos por la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.), el abuso del derecho (art. 10), el abuso de la posición dominante (art. 11) y el orden público de las disposiciones imperativas de la ley (art. 12).

Corresponde contabilizar asimismo los principios que surgen de otros artículos como el 2374 (partición en especie), 2375 (división antieconómica), 2377 (formación de lotes), 2380 (atribución preferencial), todos los cuales revelan la protección transversal de la empresa y conservación de los medios de producción.

No cerramos la enumeración en estos artículos, sino que la norma de fondo lo amplía a otras instituciones como son aquellas que tutelan con especial énfasis a la familia, con base en la constitucionalización del derecho privado, donde las altas metas de nuestros constituyentes, plasmadas en el Preámbulo —“promover el bienestar general”— y desarrolladas en las normas constitucionales (art. 14 bis), tratados de derechos humanos (art. 75 inc. 22) y normativa infraconstitucional (Cód. Civ. y Com.) revelan la decisión política de tutelar a la familia como célula básica de la sociedad, como son: la legítima hereditaria (art. 2444, Cód. Civ. y Com.), la protección de la vivienda (ex “bien de familia”) (art. 244 y ss., Cód. Civ. y Com.), régimen patrimonial matrimonial primario (art. 456 y ccds., Cód. Civ. y Com.); régimen básico de bienes en las uniones convivenciales (arts. 522 y 526, Cód. Civ. y Com.).

(31) Conf. BARBA, Vincenzo, “Atti di disposizione e pianificazione ereditaria”, en SOCIETÀ ITALIANA DEGLI STUDIOI DEL DIRITTO CIVILE, ob. cit., p. 192.

Por lo tanto, afirmamos que cualquier programación patrimonial, que abarque e incluya una planificación sucesoria, debe considerar estos aspectos, no como un cercenamiento a la libertad de las personas, sino teniendo en miras un interés superior, trascendental y que atienda al ser humano en su dignidad, en un espacio de bien común, cuyos derechos fundamentales e inviolables se deben siempre respetar.

Así lo ha afirmado la Corte Suprema de Justicia de la Nación cuando dijo que el hombre es eje y centro de todo el sistema jurídico y, en tanto fin en sí mismo, su persona es inviolable y constituye el valor fundamental, con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (32).

Por lo tanto, es dable aseverar que la planificación sucesoria debe observar estos postulados, dado que la protección de la familia y la dignidad de sus integrantes es un elemento ineludible para cualquier acción que se quiera concretar.

VI. Conclusión

Por todo ello, valoramos positivamente la previsión del legislador plasmada en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com., para que de esta forma la prohibición —de que las herencias futuras sean objeto de los contratos— se siga manteniendo (art. 1010, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.), y a su vez se contemple la situación descripta (párr. 2º) y las excepciones que surgen del resto de su articulado y normativa especial.

Del otro lado consideramos que resulta necesario ampliar la norma vigente que hemos tratado para fortalecer y dotar al futuro causante de las herramientas e instrumentos para planificar el futuro de su patrimonio, como fue propuesto y descripto precedentemente.

Asimismo, cabe tener presente que el ejercicio de la autonomía de la voluntad de las personas no es absoluto y debe tener límites establecidos legalmente, para que así se logre un adecuado equilibrio entre aquel principio y los derechos reconocidos por el mismo ordenamiento jurídico, que actúan como ceñidores de aquella.

(32) Como ejemplo podemos ver los fallos “Saguir Dib” (Fallos 302:1284), “Hooft” (Fallos 327:5118); “Gottschau” (Fallos 329:2986) y “Mantecón Valdés” (Fallos 331:1715), entre otros.

La mejora como herramienta de planificación sucesoria

Mariana B. Iglesias (*)

Sumario: I. Instrumentos de planificación sucesoria en general.— II. La mejora: aspectos generales.— III. La mejora en el Código Civil y Comercial: forma y contenido.— IV. Mejora al heredero con discapacidad (art. 2448 del Cód. Civ. y Com.).— V. Conclusión.

I. Instrumentos de planificación sucesoria en general

La planificación sucesoria se inscribe en el diálogo entre las diferentes ramas del derecho civil, en particular, el derecho contractual y el derecho sucesorio, y reviste una gran significación, dado que puede constituirse en un certero mecanismo de prevención.

Inicialmente, destacamos que, en su acepción vulgar, planificar significa “hacer plan o proyecto de una acción”, es decir, ordenar el futuro a través de la articulación de un conjunto de conductas o de un conjunto de acciones. Si trasladamos ese concepto al ámbito de la planificación sucesoria, vemos que por medio de ella se busca articular un conjunto de medidas o de acciones con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona. Aunque no puede negarse la relevancia que para tales fines reviste la porción disponible del causante, es evidente que el tema excede dicho ámbito, por la multiplicidad de funciones a las que puede servir la planificación” (1).

(*) Doctora en Derecho; profesora titular de Derecho de las Sucesiones (Facultad de Derecho, UNR); directora de la Especialización en Derecho Sucesorio (Facultad de Derecho, UNR).

(1) Ver HERNÁNDEZ, Carlos A. – IGLESIAS, Mariana B., “Los pactos sobre herencia futura como herramienta de planificación sucesoria (con especial referencia al pacto de familia del art. 1010)”, RDCO 272, 709; IGLESIAS, Mariana B. – HERNÁNDEZ, Carlos A., “La planificación sucesoria: diálogo entre el derecho contractual y el derecho sucesorio”, LA LEY del 15/04/2011, 1; LA LEY, 2011-B, 1051; AR/DOC/976/2011.

Uno de los temas más importantes de la planificación sucesoria se relaciona con las herramientas que permiten concretarla. Es que el éxito de aquella depende —en gran medida— de una adecuada elección y selección de estas. Así, y a modo de ejemplo, podemos citar el contrato, que puede ser de donación o de comodato, o un mandato *post mortem*, una renta vitalicia o un fideicomiso. También lo es el testamento, utilizado, como tal, o bien para viabilizar otros instrumentos, tal el caso de la partición por ascendiente, o el fideicomiso testamentario.

Ahora bien, además de los instrumentos citados (listado meramente enunciativo), los que aportan el soporte a la planificación, también debemos recurrir —según el caso— a la elección de sucesores; es decir, ¿se recurrirá a un heredero de cuota?, ¿a uno universal?, ¿a un legatario? A todo esto, debe resistir al orden público sucesorio, en caso que correspondiera.

Así, y sin pretender agotar la variada gama de instrumentos, herramientas, situaciones, sucesores o terceros, de la que podemos valernos para planificar —total o parcialmente— una sucesión, proponemos dedicarnos en el presente trabajo a estudiar exclusivamente una herramienta. Nos referimos a la mejora.

II. La mejora: aspectos generales

II.1. Mejora y porción disponible

Explica Zannoni que, según el concepto de Martínez Paz, “la mejora consiste en un legado o donación que se hace por el causante al here-

dero legítimo, tomada de su porción disponible: lo mejora con relación a otros herederos" (2).

Lo que busca la mejora es quebrar la igualdad entre los legitimarios. El art. 2385 del Cód. Civ. y Com. expresa que "los descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento". Esto significa que, ante una donación o liberalidad (legados o beneficios), su valor debe ser colacionado, salvo que ella sea dispensada a través de una mejora.

La mejora puede formalizarse a través de un testamento (3) —que constituye la regla— o por actos entre vivos, mediante pactos sobre herencia futura, excepcionalmente permitidos, y se obtiene de la porción disponible. Puede afirmarse que la porción disponible y la legítima hereditaria son cara y contracara de una misma moneda. Resulta inconcebible una sin la otra. El futuro causante tiene posibilidades de realizar liberalidades solo dentro del margen de la porción de libre disposición, ya que los herederos forzosos tienen derecho a recibir la legítima de manera íntegra.

A los efectos del control de la porción disponible, recordamos que se obtiene a partir del siguiente cálculo:

a) se calcula la masa para determinar la legítima hereditaria conforme al art. 2445 del Cód. Civ. y Com. (es decir el valor de los bienes dejados por el causante, menos las deudas y cargas, más las donaciones);

b) a esta masa debe restársele la porción legítima conforme al heredero que concurra a la

(2) ZANNONI, Eduardo, "Derecho de las sucesiones", t. II, p. 159.

(3) Al respecto, la jurisprudencia tiene dicho: "De la disposición de testamentaria por la cual el causante dejó un bien determinado a uno de sus hijos no puede inferirse que su intención hubiera sido mejorar la porción disponible de este, si no existe cláusula expresa de mejora y ello no surge inequívocamente de los términos del testamento" (CNCiv., 15/11/2013, sala M, "G., S. M. s/ sucesión *ab intestato*", AR/JUR/82909/2013).

sucesión (no es lo mismo un descendiente que el cónyuge, por ejemplo);

c) la diferencia entre ambas constituye la porción disponible.

Con la porción disponible, el autor de la sucesión puede realizar la liberalidad que desee: mejorar a un heredero forzoso, realizar legados, instituir heredero de cuota, realizar donaciones a terceros, etcétera.

II.2. La mejora y su relación con los actos que la configuran

Explica Manuel Albadalejo Rodríguez que "la mejora no es una disposición o un tipo particular de disposición o acto que haga el mejorante a favor del mejorado, (...) [d]e ahí se deduce que la mejora no es una figura autónoma que, como tal, tenga una regulación suya propia (...) sino que la regulación que le corresponde es la de la disposición o acto mediante los que se mejora" (4).

Si bien el autor citado se refiere al derecho español, dicha afirmación cabe en el derecho argentino. De allí que nos detendremos en el análisis de todas las posibilidades que nuestro Cód. Civ. y Com. habilita, para disponer una mejora, las que habremos de dividir para su estudio en tres partes, a saber: mejora por testamento, mejoras por actos entre vivos y la mejora a favor del heredero con discapacidad.

II.3. Qué puede entregarse en concepto de mejora

A través de la mejora puede entregarse una cosa determinada o una cuota. Es decir que podría mejorarse a través: a) del legado de una cosa o de un usufructo; b) de una donación de un inmueble; o c) de la ampliación de la cuota hereditaria, la que —va de suyo— no puede exceder, en ningún caso, de la porción disponible, salvo la regulada en el art. 2448 del Cód. Civ. y Com.

También puede realizarse una mejora para dispensar la colación de los beneficios recibidos

(4) ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, "La mejora", Ed. Fundación Beneficentia et Peritia Iuris, Madrid, 2003, p. 145.

a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, de conformidad al art. 2391 del Cód. Civ. y Com.

II.4. Revocabilidad o irrevocabilidad de la mejora

Como hemos explicado, la mejora puede realizarse mediante testamento, o por actos entre vivos, puntualmente codificados, que funcionan como excepciones.

Ahora bien, un aspecto para indagar es si la mejora es revocable o irrevocable. Cuando ella se realiza por testamento, no caben dudas acerca de la revocabilidad de la mejora. Pero cuando ella se realiza a través de actos entre vivos, a nuestro modo de ver, no es posible su revocación. Es decir que podrá revocarse —por ejemplo— la donación por las causales propias del contrato de donación, pero no es posible revocar de manera autónoma o aislada solamente la mejora (5) dejando vigente la donación.

III. La mejora en el Código Civil y Comercial: forma y contenido

III.1. Mejora por testamento

El art. 2385 del Cód. Civ. y Com. determina que la mejora puede hacerse mediante un testamento, incluyendo en la última aparte de la norma, una regla de interpretación en cuanto a que el legado hecho al descendiente o al cónyuge se considera realizado a título de mejora, excepto que el testador haya dispuesto expresamente lo contrario. Es decir que, a través del testamento, podrían realizarse legados, al descendiente o al cónyuge que —de no aclararse nada— serán considerados como una mejora.

Ahora bien, cuando la norma estipula que la mejora puede ser realizada por testamento, se impone la pregunta sobre cómo podría redactarse ella. Lo cierto es que incluye variadas posibilidades, según la situación, que vale la pena referir.

Así, podría mejorarse por testamento al cónyuge o al descendiente, con todo o un porcen-

taje de la porción disponible, lo que significará que —luego de la muerte— se ampliará la porción del beneficiario.

También, en el supuesto que el progenitor ya hubiera donado sus bienes a los hijos/as, por ejemplo, y luego, decidiera mejorar a uno de ellos, podría valerse del testamento para hacerlo. Con esto queremos significar que, por más que se haya donado, y en un primer momento el donante apeló a la igualdad para sus hijos, luego podrá volverse atrás con su decisión y quebrar dicha igualdad a través de una mejora testamentaria, lo que obligará a los no beneficiados a colacionarla, luego de la muerte del donante. Es que, si el progenitor donó todo su patrimonio a sus hijos/as, como adelanto de legítima, y con posterioridad, mediante un testamento, realiza una mejora a favor de alguno de ellos, los beneficiados podrán demandar la colación a fin de que se compute la mejora, debiendo el resto devolver el valor en exceso (por computar la mejora) a los mejorados. En síntesis, volver a calcular luego de la muerte, computando la mejora realizada, con posterioridad a la donación.

Otra posibilidad se presenta al realizar donaciones a los/las hijos o hijas, sin una cláusula expresa de mejora en el mismo acto de la donación, es decir que funcionan como adelanto de legítima, y con posterioridad, decidir convertir el objeto donado en una mejora. Para ello, podemos valernos del testamento manifestando tal decisión.

Asimismo, resulta de utilidad, por los alcances atribuidos a los beneficios que refiere el art. 2391 del Cód. Civ. y Com. Recordamos que el citado artículo expresa que “los descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa”. De allí que, si una madre le permitió usar a su hija un departamento de su propiedad, en definitiva consumaron un comodato, y conforme a la norma, dicha prestación de carácter gratuito, es colacionable. A fin de evitar la colación, la progenitora podría beneficiar con una mejora testamentaria a la hija comodataria, de modo de evitar que se vea obligada a colacionar luego de su muerte, los beneficios recibidos por el como-

(5) GUASTAVINO, Elías, "Pactos sobre herencia futura", Ediar, Buenos Aires, 1968, 369.

dato de nuestro ejemplo, o bien, disponiendo de toda o una parte de su porción disponible a favor de dicha hija, de manera que queden absorbidos en la misma los beneficios del comodato. En el mismo sentido, el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. autoriza la posibilidad de realizar una mejora en el marco de la partición por ascendiente. Es decir que el ascendiente podría realizar la partición de todos sus bienes, valiéndose de un testamento, pudiendo optar por buscar la igualdad de sus herederos o quebrar dicha igualdad, lo que podrá realizar en dicho acto testamentario o en uno posterior, teniendo particular cuidado, en que el testamento posterior no revoque al anterior.

Como podrá advertirse, son múltiples las posibilidades que ofrece la mejora por testamento, destacándose como ventaja adicional, que por la propia naturaleza de los testamentos pueden ser revocadas, lo que no es posible cuando la mejora se realiza mediante pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos, por tratarse de contratos.

III.2. Mejoras por actos entre vivos. Excepciones expresamente autorizadas

III.2.a. Pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos relativos a las mejoras

Hemos explicado que las mejoras importan un plus para el heredero forzoso, que se toma de la porción disponible del futuro causante. La mejora debe ser expresa y puede realizarse por testamento (a modo de regla), pero también por actos entre vivos, de modo excepcional. En este último caso, aparecen en escena los pactos sobre herencia futura, excepcionalmente permitidos, relativos a las mejoras. Estos pactos son contratos concernientes a bienes de sucesiones no abiertas. Explica Guastavino que el pacto sucesorio “es la convención por la cual el causante organiza su sucesión de acuerdo con otros interesados, o estos, estipulando por sí, en vida del causante, transfieren o abdicen sus derechos” (6).

Fiel a su tradición, el Cód. Civ. y Com. —al igual que lo hacía el de Vélez— prohíbe los pactos sobre herencia futura. Así, el art. 1010 —en

su primer párrafo— expresa que “[l]a herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa”. Sin embargo, la regla reconoce excepciones. La primera de ellas está prevista en el segundo párrafo del mismo artículo, y las demás en otras disposiciones. De allí que la expresión contenida en el párrafo primero, en cuanto afirma “excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa,” adquiere una notable significación. A su vez, la regla de prohibición se ve reforzada por otras normas. Por tal motivo, no es posible renunciar a la herencia antes de la muerte del autor de la sucesión a la que se pretende renunciar, como surge del art. 2286 que establece que “[l]as herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas”; tampoco puede renunciarse a las acciones que protegen derechos hereditarios de herencias futuras o a la legítima hereditaria, antes de la muerte del causante. Coherente con ello, el art. 2449 del Cód. Civ. y Com. sostiene que “[e]s irrenunciable la porción legítima de una sucesión aún no abierta” (7).

III.2.b. Mejoras por actos entre vivos: sanción por incumplimiento de la regulación normativa

Hemos explicado, que una de las formas de realizar mejoras, es a través de pactos sobre herencia futura excepcionalmente permitidos. Ahora bien, resulta indispensable, por tanto, precisar el alcance de sus efectos cuando se avanza sobre un pacto prohibido, esto es, cuando no se cumple estrictamente con la regulación normativa, que excepciona la regla contenida en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com.

Es válido resaltar la técnica jurídica que requiere el asesoramiento sobre este tipo de contratos, ya que avanzar sobre supuestos prohibidos por ley puede convertirse en un instrumento útil para aquellos/as herederos/as que pretendan cuestionar la planificación realizada, lo que genera el error y la llave de acceso a conflictos judiciales, que son los que se han pretendido evitar.

(7) Ver IGLESIAS, Mariana B., en SÁNCHEZ HERRERO, Andrés (dir.), *Tratado de derecho civil y comercial*, LA LEY, 2016-VIII, pto. 17 (Proview).

(6) *Ibidem*, p. 74.

Si se realiza un pacto sobre herencia futura prohibido, la respuesta es contundente: la sanción que trae aparejada la realización de un pacto cuyo objeto es una herencia futura y que no se encuentra amparada en ninguna excepción legal es la nulidad absoluta.

Lo que se sanciona con la nulidad es la violación a la prohibición de los pactos sobre herencia futura. Esto tiene que ver con un doble aspecto:

1) La prohibición expresa del objeto. Así, conforme surge del art. 279 del Cód. Civ. y Com., “[e]l objeto del acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

2) La vulneración al orden público sucesorio, si además le sumamos que participan de ellos los herederos forzosos.

Por lo expuesto, la nulidad será absoluta, conforme al art. 386 del Cód. Civ. y Com., el cual determina que “[s]on de nulidad absoluta los actos que contravienen el orden público, la moral o las buenas costumbres. Son de nulidad relativa los actos a los cuales la ley impone esta sanción solo en protección del interés de ciertas personas”. Por ende, puede ser declarada por el juez, aun sin mediar petición de parte, si resulta manifiesta en el momento de dictar sentencia. Puede alegarse por el Ministerio Público y por cualquier interesado, excepto por la parte que invoque la propia torpeza para lograr un provecho. No puede sanearse por la confirmación del acto ni por la prescripción.

En síntesis, las mejoras por actos entre vivos deben ajustarse de manera estricta a la regulación normativa, para evitar nulidades.

III.2.c. Casos de mejoras por actos entre vivos

III.2.c.i. Metodología

Como ya hemos explicado, las mejoras por actos entre vivos importan una excepción al art. 1010 del Cód. Civ. y Com. las que lucen reguladas en los arts. 2385 del Cód. Civ. y Com.; el art.

2461 del Cód. Civ. y Com. y el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. En cuanto a la mejora del heredero con discapacidad del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. puede realizarse por actos entre vivos o por testamento, de manera que la abordaremos de manera separada.

III.2.c.ii. Mejora en el propio acto de la donación (art. 2385, Cód. Civ. y Com.)

Es posible mejorar a un/a heredero/a en el mismo acto de la donación conforme surge de la primera parte del art. 2385 del Cód. Civ. y Com., que determina que “[l]os descendientes del causante y el cónyuge supérstite que concurren a la sucesión intestada deben colacionar a la masa hereditaria el valor de los bienes que les fueron donados por el causante, excepto dispensa o cláusula de mejora expresa en el acto de la donación o en el testamento”.

Esto significa que de realizarse una donación —por ejemplo— de la madre a una hija, si nada se dice, dicho valor debe colacionarse, pero también podría su madre realizar dicha donación en concepto de mejora. Para ello, la norma que analizamos, propone la posibilidad de incluir en el mismo acto de la donación, una cláusula en el que el donante manifieste que el valor de lo donado se impute a su porción disponible, lo que convierte a esta donación en una mejora, la que —si no desborda la porción disponible— beneficiará como un plus a la hija beneficiaria de la donación, liberándola después de la muerte de colacionar.

III.2.c.iii. Transmisión de bienes a legitimarios con reserva de usufructo, uso o habitación o renta vitalicia (art. 2461, primera parte, Cód. Civ. y Com.)

El art. 2461 del Cód. Civ. y Com. determina que “[s]i por acto entre vivos a título oneroso el causante transmite a alguno de los legitimarios la propiedad de bienes con reserva de usufructo, uso o habitación, o con la contraprestación de una renta vitalicia, se presume sin admitir prueba en contrario la gratuidad del acto y la intención de mejorar al beneficiario. Sin embargo, se deben deducir del valor de lo donado las sumas que el adquirente demuestre haber efectivamente pagado. El valor de los bienes debe ser imputado a la porción disponible y el excedente

es objeto de colación. Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

Esta norma reconoce como antecedente al controvertido art. 3604 del Cod. Civil. Se ocupa de la transmisión de bienes del causante a los legitimarios. Estos actos se colocan en la mira del Código cuando reúnen determinados requisitos que hacen presumir que, más allá de su apariencia de onerosa, encubren una liberalidad.

Como explicamos, este artículo configura una excepción a la prohibición de los pactos sobre herencia futura —prevista en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com.—, puesto que, en definitiva, valida una mejora efectuada mediante un acto entre vivos.

La norma contempla el siguiente supuesto:

a) la concreción de un acto entre vivos a título oneroso entre el causante y los legitimarios, o uno o algunos de ellos;

b) mediante este acto se transmite la propiedad de los bienes;

c) la transmisión se realiza con reserva de usufructo, uso o habitación, o contra el pago de una renta vitalicia.

Ante este supuesto de hecho, la ley establece dos presunciones que no admiten prueba en contrario:

a) que el acto es una liberalidad;

b) que la intención del causante fue la de mejorar a ese legitimario.

En consecuencia, el valor debe ser imputado a la porción disponible de este último, desde que lo recibe como plus. Se trata de una dispensa de colación por actos entre vivos —o, lo que es igual, de una mejora por actos entre vivos—.

Naturalmente, del valor del bien deberá descontarse lo efectivamente pagado, a los efectos del cálculo de la porción disponible y de evitar que se la exceda.

Es muy acertada la norma. Lo demostraremos con un ejemplo. Juan tiene tres hijos: Pedro, Lorena y Liliana. Decide “venderle” a Pedro la nuda propiedad de un campo de mil hectáreas, reservándose el usufructo, por un valor ínfimo y total de \$50.000. Juan tiene 80 años. Al cumplir 82, fallece. Por lo tanto, se extingue el usufructo y se consolida la propiedad plena en Pedro. Con esta maniobra, Pedro se queda con un campo de mil hectáreas a un precio quinientas veces inferior a su valor de mercado. Supongamos, además, que Juan no tenía más bienes. Por supuesto que, a la hora de determinar la masa de la legítima hereditaria, debe descontarse del valor del bien lo efectivamente pagado por Pedro; en cuanto al resto, debe traerse a colación.

No se puede dudar de que el acto es una verdadera liberalidad. Muchas veces se recurre a revestir de onerosidad los actos a los efectos de generar una apariencia que impida, luego de la muerte del enajenante, que caigan por efecto de la vulneración a la legítima hereditaria. Este es el fundamento de la presunción *iuris et de iure* que determina el artículo analizado.

Sin embargo, hay autores que cuestionan esta presunción, lo que no compartimos. La norma es clara. Del propio contrato surge la contraprestación, no hay nada que probar. La norma tan solo refiere que debe descontarse lo efectivamente pagado, dado que la gratuidad radica en la ventaja.

Este artículo tiene absoluta coherencia con el art. 2391 del Cód. Civ. y Com., que expresa que “[l]os descendientes y el cónyuge supérstite obligados a colacionar también deben colacionar los beneficios recibidos a consecuencia de convenciones hechas con el difunto que tuvieron por objeto procurarles una ventaja particular, excepto dispensa y lo dispuesto para el heredero con discapacidad en el art. 2448”.

Su última parte dispone que la imputación de la liberalidad a la porción disponible y la eventual colación del exceso no podrán ser demandadas por los legitimarios que consintieron la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas, se trataría de la renuncia a las acciones sucesorias futuras.

Comencemos por explicar por qué decimos *renuncia de las acciones sucesorias futuras*.

En el Cód. de Vélez, el art. 3604 no hacía referencia a si el contrato —para que le resultasen aplicables estos efectos— debía ser oneroso o gratuito. La norma derogada determinaba que “[s]i el testador ha entregado por contrato, en plena propiedad, algunos bienes a uno de los herederos forzosos, cuando sea con cargo de una renta vitalicia o con reserva de usufructo”. Como se advierte, no imponía como requisito la onerosidad. No vale la pena reeditar aquí las discusiones en torno al 3604 del Cód. Civil. Tan solo mencionaremos que generó dudas si la norma solo se aplicaba a los contratos onerosos o si también involucraba a los gratuitos (v.gr., a las donaciones con reserva de usufructo, etc.).

La nueva redacción, con la aclaración final que intercala, despeja toda duda sobre el ámbito de aplicación. Por lo tanto, para aplicarla no es necesario que los legitimarios “sinceren el acto”.

Por tanto, cuando el art. 2461 del Cód. Civ. y Com. dispone que “[e]sta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación”, está validando una renuncia a las acciones futuras de colación y, obviamente, aunque la norma no lo diga, de reducción. Se configura, así, un segundo pacto sobre herencia futura excepcionalmente permitido.

En cuanto a la forma, la norma es clara al respecto: “consintieron en la enajenación”. Requiere que se realice en el mismo acto. No es posible hacerlo por actos posteriores.

Hasta aquí, nos hemos referido al caso del contrato oneroso, es decir, a la primera parte del artículo. Pero sucede que el último párrafo dispone que “[e]sta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita, con algunas de las modalidades indicadas”.

Hay autores que entienden que este último párrafo plantea una contradicción con la prime-

ra parte de la norma **(8)**. Nosotros creemos que no existe tal contradicción, sino que la última parte amplía el espectro de la norma e incluye también en sus consecuencias a las disposiciones gratuitas con las modalidades que indica la norma.

Por tanto, en caso de que se trate de una transmisión gratuita por actos entre vivos del futuro causante a un legitimario con reserva de usufructo, uso o habitación, debe interpretarse, sin admitir prueba en contrario, que se trata de una mejora por actos entre vivos. Como vimos, los legitimarios que hayan consentido la enajenación renuncian, por el mero hecho de haberlo consentido, a las acciones futuras de colación o reducción.

Evidentemente, el Cód. Civ. y Com. ha flexibilizado el orden público sucesorio, aunque todavía cueste terminar de convencerse de esto **(9)**.

III.2.c.iv. Mejora a través de la partición por donación por ascendiente (art. 2414, Cód. Civ. y Com.)

Comenzaremos por describir brevemente la figura de la partición por donación por ascendiente, la que se encuentra regulada en los arts. 2415 a 2420 del Cód. Civ. y Com.

A priori, “[l]a partición contiene dos elementos inseparables y esenciales; es una donación y desde este punto de vista transfiere irrevocablemente el dominio a los donatarios, necesitando ser aceptada por estos y aplicándose reglas de fondo propias de las donaciones; y es al mismo tiempo una partición, de donde nacen los derechos propios de los partícipes, como ser la garantía recíproca de las cosas comprendidas en sus porciones” **(10)**.

Se trata de la posibilidad que otorga el Código de poder realizar un pacto entre los ascendientes y sus descendientes, a los efectos de dividir

(8) Ver FERRER, Francisco A. M., en ALTERINI, Jorge, *Código Civil y Comercial comentado. Tratado exegético*, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. XI, p. 617.

(9) Ver IGLESIAS, Mariana – KRASNOW, Adriana, “Derecho de las familias y las sucesiones”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2017, pto. 15.4.

(10) GUASTAVINO, Elías, ob. cit., p. 311.

todo o parte de una herencia no abierta mediante una donación.

En el Cód. Civ. y Com. no caben dudas de que resultan de aplicación las normas generales del contrato de donación, como también, quedan claro, todas las normas hereditarias relacionadas con esta figura. Por ejemplo, el descendiente omitido o el hijo póstumo pueden ejercer la acción de reducción si no existen bienes suficientes luego de la muerte del donante, conforme surge del art. 2427 del Cód. Civ. y Com. También está el supuesto de la garantía recíproca de evicción entre los copartícipes de la partición por ascendiente, respecto de los bienes donados; se puede iniciar la respectiva acción aun antes de la apertura de la sucesión. El mismo sentido resulta del art. 2420, en cuanto expresa que “[l]a partición por donación puede ser revocada por el ascendiente, con relación a uno o más de los donatarios, en los casos en que se autoriza la revocación de las donaciones y cuando el donatario incurre en actos que justifican la exclusión de la herencia por indignidad”, donde claramente subyacen normas de la sucesión *mortis causa* y las donaciones.

Ya explicaba Guastavino que la partición de la herencia por donación del ascendiente tiene varios fines, tales como prevenir contiendas relativas a la formación de los lotes, de modo de colaborar con la pacificación familiar; permitir a los ascendientes —a partir del conocimiento que tiene de sus hijos— dar a cada uno lo que pueda necesitar y evitar que, como sucede muchas veces, sea la suerte la que decida la adjudicación de los lotes; proporcionar al ascendiente un medio de liberarse —cuando llega a cierta edad— de las preocupaciones derivadas de la gestión patrimonial (11). A lo que se agrega, la posibilidad de mejorar a uno o varios de los herederos.

Además de estas ideas, el nuevo Código torna muy útil e interesante esta figura, sobre todo en cuanto a los efectos de la planificación suce-

soria como método de prevención de conflictos, debido a lo que a continuación detallamos:

a) Posibilita la inclusión del cónyuge supérstite en la partición por donación por ascendiente y habilita una gran herramienta de protección y prevención.

b) Habilita la opción de donar solo la nuda propiedad, con reserva del usufructo.

c) Permite como consecuencia de la donación recibir una contraprestación de renta vitalicia.

d) Permite realizar mejoras.

Pero esto no es todo. Creemos también que puede constituir una herramienta muy interesante de canalización y complemento de otros pactos sobre herencia futura permitidos, tales como los pactos de familia contenidos en el segundo párrafo del art. 1010 del Cód. Civ. y Com., o la constitución de una mejora a favor del heredero con discapacidad del art. 2448. En este último, podría realizarse una partición donación por ascendiente y además realizar la mejora especial que la norma autoriza.

Ahora bien, el art. 2414 del Cód. Civ. y Com. regula la posibilidad de mejorar, no solo por testamento, sino también por actos entre vivos, mediante la partición donación por ascendiente. El artículo dispone que “[e]n la partición, el ascendiente puede mejorar a alguno de sus descendientes o al cónyuge dentro de los límites de la porción disponible, pero debe manifestarlo expresamente”.

Este artículo se encuentra ubicado en las disposiciones generales relativas a la partición por ascendiente. En consecuencia, ello significa que pueden realizarse mejoras a los herederos forzosos mediante cualquiera de las dos formas de partición por ascendiente que el Código autoriza, esto es por donación o por testamento.

Sin embargo, únicamente importa un pacto sobre herencia futura permitido cuando la mejora se realiza a través de la partición por donación por ascendiente, tema que abordaremos a continuación. En cuanto a la mejora por testamento lo hemos trabajado en el punto relativo a las mejoras por testamento.

(11) Guastavino cita a Videla Escalada y explica que el mencionado autor sostenía “que la partición por ascendiente, aunque ha sido poco utilizada tiene innegables ventajas, especialmente al permitir que se prevea el desarrollo, para después de su fallecimiento, de las distintas empresas a que pueda estar ligado” (GUASTAVINO, Elías, ob. cit., p. 306 y nota 398).

IV. Mejora al heredero con discapacidad (art. 2448, Cód. Civ. y Com.)

IV.1. Introducción

Como una novedad legislativa, y en consonancia con el principio de solidaridad familiar, se regula la mejora a favor del heredero con discapacidad. Al respecto, expresa el art. 2448 del Cód. Civ. y Com.: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral.

”Se trata de una mejora especial a favor de quien padece una discapacidad en los términos de la norma”.

IV.2. Forma de disponerla

La forma de disponer la mejora a favor del heredero con discapacidad es muy amplia. La norma expresa que por el “medio que estime conveniente”. De allí que podrá efectivizarse a través de donaciones, legados, fideicomisos o cualquier otro instrumento. La voluntad del legislador es no plantear barreras de ninguna naturaleza, cuando se trata de la protección a un heredero con discapacidad.

Resulta interesante la actitud del legislador en cuanto a mencionar expresamente el caso del fideicomiso. Es decir, se permite la incorporación de heredero con discapacidad como beneficiario de un fideicomiso en el que se designa a otros herederos como fideicomisarios, para que estos últimos reciban los bienes cuando cese la incapacidad o acaezca la muerte del beneficiario.

Es evidente que la amplitud de la norma permite también realizar esta mejora a favor del heredero con discapacidad mediante un pacto sobre herencia futura permitido relativo a las mejoras que aquí analizamos. El hecho de que el artículo mencione expresamente al fideico-

miso. Al no distinguir si es contractual o testamentario, se interpretan autorizados ambos. De allí que, entonces, cabría la opción de realizar esta mejora a través de un fideicomiso contractual, que resulta, así, un pacto permitido.

IV.3. Beneficiarios

Esta mejora solo puede ser dispuesta a favor de ascendientes y descendientes; no resulta aplicable al cónyuge.

Esta decisión de política legislativa ha sido criticada por algunos sectores de la doctrina (12). No compartimos la crítica, dado que el cónyuge tiene otro tipo de protecciones, tales como el derecho real de habitación del cónyuge supérstite o la opción al régimen de comunidad de ganancias, además —por supuesto— de la posibilidad de ser mejorado dentro el margen de la porción disponible (no la ampliada como este caso). Es decir que, si a los beneficios citados se adiciona una mejora con la totalidad de la porción disponible, ello daría por resultado la posibilidad de apropiarse de prácticamente la totalidad del patrimonio del causante.

IV.4. Porción disponible para la mejora especial. Cálculo. Relación con la legítima individual

La norma de referencia determina que el causante podrá disponer, “además de la porción

(12) Osvaldo Pitrau y Romina Dangeli expresan que “[l]a norma dispositiva en su primera parte refiere como beneficiarios de la mejora únicamente a los ‘descendientes o ascendientes’, excluyendo, a nuestro entender, injustificadamente, al cónyuge supérstite. Como sostienen Rolleri y Olmo, si bien es cierto que podría alegarse que el cónyuge supérstite ya goza de medidas de protección tales como las referidas al hogar conyugal o el derecho real de habitación, no es menos cierto que ellas alcanzan a todo cónyuge, independientemente de contar o no con una discapacidad. Por lo tanto, el hecho de que ya goza de una protección podría alegarse también de los otros herederos legítimos al asignárseles una porción legítima. Nada alejado de la realidad es que el cónyuge supérstite cuente con similar edad y estado de salud que el causante mismo, por lo cual, previendo esta circunstancia y evaluando la situación de discapacidad en la que pueda encontrarse, no parece justo excluirlo de la posibilidad de poder contar con esta mejora, mucho más cuando en definitiva es el mismo causante-testador quien decidirá el otorgamiento de dicho beneficio” (PITRAU, Osvaldo – DANGELI, Romina, en RIVERA – MEDINA, *Código Civil y Comercial comentado*, t. VI, p. 408).

disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad”.

¿Cómo se calcula? Tomemos como referencia un caso en el cual los herederos de una persona (Juan) son sus dos descendientes, uno de ellos (Matías) incapaz. Tienen una legítima del 66,66% y una porción disponible del 33,33%. Por ende, la porción de que se puede disponer para mejorar al heredero incapaz asciende al 55,55% del total, que resulta de sumar al 33,33% de la porción disponible el tercio de la legítima (22,22%).

Va de suyo que, además de la mejora, al heredero incapaz le corresponde el porcentaje al que tiene derecho en su calidad de simple heredero. En el caso referido, la legítima global aparece disminuida, por lo que solo asciende al 44,45%. Como son dos los herederos, la legítima individual de cada uno de ellos es del 22,225%. Por lo tanto, en caso de que el futuro causante disponga en su favor la totalidad de esta mejora, el heredero con discapacidad recibirá el 77,775% del acervo, resultante de sumar al 55,55% de la mejora especial el 22,225 de su porción de heredero simple.

IV.5. Mejora para herederos con discapacidad y liberalidades a terceros

Resulta evidente que la posibilidad de avanzar sobre la legítima hereditaria para mejorar a un heredero con discapacidad presupone haber dispuesto la totalidad de la porción disponible a favor de este. No es posible que el futuro causante utilice la porción disponible general o parte de ella a favor de extraños o algunos de los coherederos, y luego pretenda utilizar la mejora estricta para el heredero con discapacidad y la restrinja exclusivamente al tercio de legítima.

Volvamos sobre el ejemplo del punto anterior. Como vimos, Juan (el padre) tiene derecho a mejorar a Matías (el hijo incapaz) con un 55,55%. Pero no puede entregar la porción disponible general a favor de un tercero (33,33%), y luego aplicar únicamente el 22% (1/3 de la legítima) en concepto de mejora estricta a favor de Matías.

No es un plus que se le da al causante cuando tiene entre sus herederos forzosos a una persona con discapacidad. Es un beneficio para este último, dada su vulnerabilidad.

El art. 2448 es claro: “El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad”. La norma recurre al plural: “para aplicarlas”. Es decir, se refiere a ambas porciones: la disponible general y la de la mejora por incapacidad. A mayor abundamiento, la legítima no puede estar sometida a condición o gravamen, salvo la mejora estricta, que solo resulta viable a favor del heredero con discapacidad.

Para sintetizar, desde nuestra perspectiva esta mejora solo puede ser utilizada de manera total cuando el causante no hubiera dispuesto de otras liberalidades para coherederos o terceros. En su defecto, corresponde la reducción. En estos casos, aunque el Código no lo estipule, deberían reducirse solo las liberalidades de los terceros o coherederos, dejando siempre a salvo la protección al vulnerable. Se configuraría un supuesto de reducción excepcional.

IV.6. La discapacidad que regula el artículo 2448 del Código Civil y Comercial

La última parte del art. 2448 del Cód. Civ. y Com. establece que, “[a] estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

Se trata de una fórmula abierta que deja un amplio criterio al juzgador. Va de suyo que la discapacidad que requiere el artículo no exige ningún tipo de declaración judicial. Debe tratarse de una alteración funcional, que puede ser permanente o prolongada. De allí la opción que da la norma respecto de la constitución de un fideicomiso, cuya aplicación al caso ya hemos examinado. Por ejemplo, el incapaz puede recibir los frutos en carácter de beneficiario hasta que se solucione su alteración, y se pue-

den constituir como fideicomisarios todos los herederos por partes iguales. Pensemos en un heredero que haya padecido un accidente y se encuentre inmovilizado, pero que luego de la rehabilitación podrá seguir con su vida normal. El causante pueda destinar un buen caudal de los frutos de sus bienes a favor de este hijo, y, una vez que este se rehabilite, el destino final de los bienes será su reparto entre todos los herederos-fideicomisarios por partes iguales.

La alteración —que puede ser física o mental— debe a su vez implicarle al afectado “desventajas considerables para su integración”. La norma, si bien amplía e inclusiva, es muy precisa en cuanto a los parámetros que tanto el causante como luego el juzgador deberán evaluar para su procedencia. Las desventajas deben ser “considerables”. Esto es lo que justifica el abultado porcentaje que puede llevarse el heredero con discapacidad entre la mejora especial y su porción de legítima.

Por último, la “desventaja considerable” debe repercutir negativamente en la integración familiar, social, educacional o laboral del afectado.

V. Conclusión

Pretendimos demostrar la versatilidad de la mejora como instrumento de planificación sucesoria. Sin embargo, en general se opta por realizar donaciones disimuladas o encubiertas, que lejos están de configurar una planificación sucesoria eficiente, y que en general derivan

—luego de la muerte del causante—, en pleitos interminables, que tienen más de sentimientos heridos que de satisfacciones económicas.

Con la mejora, se evitan los conflictos.

La mejora importa la decisión del futuro causante, de explicitar su voluntad de quebrar la igualdad entre sus legitimarios, para beneficiar a alguno de sus herederos, lo que —por más que disguste a algún heredero perjudicado por ella— evita conflictos luego de la muerte.

Para finalizar, nos gustaría cerrar el trabajo con un párrafo de Miguel de Cervantes Saavedra, de su clásico libro *Don Quijote de la Mancha*, cuando en el cap. LXXIV, titulado “De cómo don Quijote cayó malo, y del testamento que hizo, y su muerte”, refiriéndose al heredero decía: “Cerró con esto el testamento, y tomándole un desmayo, se tendió de largo a largo en la cama. Alborotáronse todos, y acudieron a su remedio, y en tres días que vivió después deste donde hizo el testamento, se desmayaba muy a menudo. Andaba la casa alborotada; pero, con todo, comía la Sobrina, brindaba el Ama, y se regocijaba Sancho Panza; que esto del heredar algo borra o templea en el heredero la memoria de la pena que es razón que deje el muerto” (13). Con más razón sucederá a aquellos que resulten beneficiarios de una mejora.

(13) CERVANTES, Miguel de, “Don Quijote de la Mancha”; ALBALADEJO GARCÍA, Manuel, ob. cit., p. 14.

Planificación sucesoria patrimonial y extrapatrimonial

Las directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial y en los proyectos de modificación

María Cristina Mourelle de Tamborenea (*)

Sumario: I. ¿Qué es una directiva anticipada?— II. Antecedentes.— III. Antecedentes jurisprudenciales en los tribunales argentinos.— IV. El Código Civil y Comercial y el artículo 60.— V. Posibilidad de designación del propio curador.— VI. La forma.— VII. A modo de conclusión sobre el artículo 60 del Código Civil y Comercial.— VIII. La ley del paciente y su reglamentación.— IX. Proyectos de reforma a las directivas anticipadas.

I. ¿Qué es una directiva anticipada?

Se trata de un documento voluntario que contiene instrucciones que realiza una persona en pleno uso de sus facultades mentales, con la finalidad de que ella produzca efectos cuando el otorgante no pueda expresar su voluntad debido a una incapacidad sobreviniente u otras circunstancias similares.

También podemos conceptualizarlo como “el reconocimiento que debe imperar por parte del derecho para que toda persona capaz pueda disponer a través de un mandato y nombrar a una o más personas que actuarán por el otorgante sobrevenido incapaz y con respecto a cuestiones atinentes a la salud, persona, y/o manejo total o parcial de su patrimonio (1).

(*) Doctora en Notariado; especialista en Derecho de Familia; profesora consulta (Facultad de Derecho, UBA); coordinadora del Posgrado en Derecho de Familia, Minoridad y Adolescencia (Facultad de Derecho, UBA); directora de la maestría en planificación sucesoria de la Universidad Notarial Argentina.

(1) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina - CARABELLI, Matías - MAURÍÑO, Alejandra - PADULA, Marcelo - RAPA, Marcela - TAMBORENEA, Juan Miguel, “Autocuratela”, *Revista Notarial* nro. 957, p. 635.

La posibilidad de disponer por medio de una directiva significa un claro ejemplo de la revolución bioética que embanderó la autonomía del paciente en un medio acostumbrado al modelo médico hegemónico.

En los últimos tiempos comenzó a visualizarse entre las personas la preocupación de verse —en un futuro— afectada por un estado de incapacidad física o intelectual, lo que dio lugar a que el derecho positivo regulara los actos jurídicos relacionados con el tema.

El intento de plasmar esa preocupación en normas legales no está exento de profundos problemas filosóficos. ¿Cuáles son los derechos humanos fundamentales que batallan entre sí para prevalecer en relación con el otorgamiento de las declaraciones sobre la propia incapacidad teniendo en cuenta que uno de ellos es el derecho a la libertad de pensamiento, que conduce a la libertad de actuar y también, a la libertad de disponer sobre su propio cuerpo? y ¿cada uno puede decidir lo que desea? ¿Hay un límite marcado para esa libertad o ella es irrestricta? (2).

(2) SANTOS BELANDRO, Rubén, “La eficacia internacional de las declaraciones de voluntad anticipada de

Hasta la sanción de la ley 26.529, sobre derechos del paciente, la cuestión se resolvía a través de dictámenes emitidos por los comités de ética —los cuales no son jurídicamente vinculantes— y, en situaciones de mayor gravedad —personas en estado vegetativo o con enfermedades degenerativas terminales—, la solución era plantear la judicialización del caso, o se dejaba en manos de la familia o de los médicos la resolución de dicho tema.

II. Antecedentes

Las directivas anticipadas tienen su antecedente más inmediato en el derecho anglosajón, siendo Estados Unidos el primer país en admitir y promover el respeto de la voluntad personal al tiempo de transitar la etapa previa a la muerte. El llamado “testamento vital” o *living will* nació en 1967 como producción intelectual del abogado de Chicago Luis Kutner, defensor y activista de los derechos humanos, quien con Peter Benenson fue creador de la organización humanitaria Amnistía Internacional en 1961 (3).

Si bien en lo sustancial no ha variado el significado del instituto del “testamento vital” acuñado por Luis Kutner, sustituyéndolo por la denominación “directivas anticipadas”, es importante aclarar que en el caso del testamento se trata de algo que no representa cabalmente el fenómeno, dado que esta es una disposición de última voluntad para tener sus efectos luego del fallecimiento y con contenido principalmente patrimonial, en cambio al hablar de “directivas anticipadas”, se refleja de mejor manera que tal anticipo de voluntad es la más vital de todas las disposiciones que una persona puede realizar, tal como la decisión de cómo ha de transcurrir el último tramo de la vida.

El citado autor propuso sus premisas y el modelo del documento en su trabajo “Due process of euthanasia: the living will, a proposal”. En esta obra, Kutner considera legítimo, como

acuerdo a la nueva legislación de Uruguay”, elDial contenidos jurídicos, Buenos Aires, 2010, DC1368.

(3) LUCERO, Gabriela C., disponible en <https://repositorio.uesiglo21.edu.ar/bitstream/handle/ues21/17090/LUCERO%20Gabriela%20Ceferina.pdf?sequence=1>, p. 16.

parte integrante del derecho a la privacidad, el rechazo de tratamiento que extendiera la vida del paciente ante un cuadro incurable e irreversible.

El tema se plantea nuevamente en la década de 1970 con el recordado caso de Karen Ann Quinlan. Se trataba de una joven de 22 años, la cual fue diagnosticada con un coma irreversible. Sus padres no querían que permaneciera viva ligada a artefactos. La cuestión llegó a la Suprema Corte americana, que solicitó el parecer del comité de ética del hospital, creado para atender a la solicitud, el cual confirmó la irreversibilidad. El veredicto fue favorable a la retirada de los aparatos. Después de eso, Quinlan sobrevivió por nueve años sin salir del estado vegetativo. El debate se preguntaba si la expresión de voluntad —fuera del contexto de la enfermedad— podría ser tenida en cuenta para la toma de decisión. En medio de las discusiones sobre el caso, en agosto de 1976, el estado de California, a través del *Natural Death Act*, garantizó al individuo el derecho de rechazar o suspender el tratamiento médico. Esta ley también protegía al profesional de la salud frente a un proceso judicial por respetar la voluntad manifestada por el paciente (4).

En 1991, el *Patient Self-Determination Act* presta autorización para que cada paciente exprese su voluntad respecto de la atención médica que desea —o no— recibir, la cual deberá ser considerada cuando acontezcan circunstancias que no le permitan al paciente expresarse en forma autónoma.

III. Antecedentes jurisprudenciales en los tribunales argentinos

Con anterioridad a la sanción de la ley 26.529, nuestro país contaba con unos pocos instrumentos aislados que regulaban solo a nivel local las manifestaciones de voluntad anticipada. A modo de ejemplo, podemos citar la ley 4263 de la provincia de Río Negro y la ley 2611 de la provincia del Neuquén. Fuera de estas dos leyes, los planteos eran resueltos a través de amparos llegados a la justicia. Estos amparos generalmente eran iniciados por médicos o instituciones de

(4) Revista *Bioética*, vol. 27, nro. 1, Brasília, ene./mar. 2019, doi: 10.1590/1983-80422019271290.

salud, para evitar futuros reclamos judiciales, o por los propios pacientes, para no ser expuestos a tratamientos no deseados.

De los amparos mencionados, la gran mayoría solicitaba autorización a la justicia para realizar tratamientos que eran rechazados por los pacientes o por sus allegados. Un ejemplo de este tipo de casos puede hallarse en un fallo considerado *leading case*, producido por el juez Pedro Hooft, en el cual se solicita una autorización judicial para medidas que no la requerían de acuerdo con la legislación vigente —como era el pedido de una mujer en pos de la abstención futura de medidas invasivas—, incluso se trataba de un caso en el que no existía una disputa entre los deseos del paciente, la familia y los profesionales médicos (5).

Es importante destacar que fueron escasas las demandas presentadas por los propios pacientes que demandaban garantizar sus decisiones de limitar intervenciones, ya sea en forma preventiva o ante la negativa de los profesionales o instituciones de salud de respetar dichas decisiones. Este primer pronunciamiento de la Corte Suprema sobre el rechazo de tratamientos fue el caso “Bahamondez” (6), que se inicia con la

demanda de un paciente que solicita que se respete su negativa a recibir transfusiones de sangre, basada en motivos religiosos (7).

La situación cambió con la sanción de la citada ley 26.529, la que recepta claramente el principio constitucional de autodeterminación.

La Corte Suprema volvió a pronunciarse sobre el tema en el caso “Albarracini”. En esta oportunidad, el alto tribunal falló sin apartarse

constitucionales inherentes a la libertad de culto y al principio de reserva. Mientras el expediente llegaba a la Corte Suprema, el cuadro del paciente había presentado un cambio decisivo al ser dado de alta; por consiguiente, la mayoría del alto tribunal entendió que la cuestión había devenido en abstracta, lo que impedía expedirse sobre el fondo del asunto. Sin perjuicio de ello, tres de los votos de los ministros del máximo tribunal decidieron analizar la temática constitucional involucrada, lo que significó uno de los puntos sobresalientes en el tema que nos ocupa, ya que resolvió un tema que desde hacía años se venía planteando, como es el conflicto existente entre derechos fundamentales; en el caso, la autonomía personal, basada en íntimas creencias religiosas vs. el derecho a la vida. Dos de los jueces que integraron la mayoría, así como la disidencia de Fayt y Barra, subrayaron que la decisión de una persona del culto de los Testigos de Jehová, de oponerse a una transfusión de sangre aun cuando esté en peligro su vida, se halla comprendida dentro de las acciones privadas del art. 19 de la CN. Cavagna Martínez y Boggiano especificaron que, en virtud de los derechos de libertad religiosa y de conciencia, nadie puede ser obligado a actuar contra sus propias convicciones; por lo tanto, no debe considerarse válida la intromisión estatal dirigida a limitar esta facultad. No obstante, agregan que existe un estándar básico según el cual no habrá de consentirse ciertamente un daño personal. En consecuencia, entienden que se atribuye al Estado la competencia de tutelar la integridad física y el derecho a la vida de los individuos, en casos tales como los de consumo de estupefacientes o en supuestos de eutanasia, entre otros. Sin perjuicio de lo expuesto, concluyen que, en el presente, al no verse comprometidos derechos de terceras personas, la objeción religiosa al tratamiento médico tiene protección constitucional. Finalmente, Belluscio y Petracchi parten del presupuesto de que Bahamondez no centró su defensa en el derecho a la muerte o al suicidio; por lo que, siguiendo el iter discursivo sentado en “Ponzetti de Balbín”, debe reconocerse a toda persona una autonomía de su voluntad comprensiva de sus creencias religiosas (CS, 06/04/1993, TR LALEY AR/JUR/1624/1993).

(7) ALONSO, Juan Pedro, “Derechos en el final de la vida: el rechazo de tratamientos médicos en los tribunales argentinos”, *Salud Colect* 12, julio-sept. 2016, disponible en <https://www.scielosp.org/article/scol/2016.v12n3/383-396/es>.

(5) Juzg. Crim. y Corr. N° 1 Mar del Plata, “M.”, Juzg. Fed., 25/07/2005, Ed. La Ley, Buenos Aires, año 12, nro. 9, octubre 2005, p. 1065. Con notas al fallo de TAIANA de BRANDI, Nelly A., GIL DOMÍNGUEZ, Andrés y MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina, JA 2005-IV-446.

(6) En el año 1989, Marcelo Bahamondez fue internado en el Hospital Regional de Ushuaia como consecuencia de una hemorragia digestiva y se negó a recibir transfusiones de sangre, por su condición de testigo de Jehová. Interpuso recurso extraordinario contra la sentencia de la Cámara Federal de Apelaciones de Comodoro Rivadavia que autorizaba la realización de trasfusiones de sangre en contra de la voluntad de la parte actora con fundamento en que la decisión de Bahamondez implicaba un suicidio lentificado. Bahamondez alegó su derecho a la libertad de cultos, la intimidad y el principio de reserva. Este decisorio fue cuestionado por el defensor oficial del actor, a través de un recurso extraordinario. Como fundamento de él, alegó que el paciente era plenamente consciente del daño que su decisión podía causar en su salud, pero que igualmente optaba por hacer prevalecer la fe y el respeto a sus más íntimas convicciones religiosas. Asimismo, argumentó, en virtud de los arts. 14 y 19 de la Ley Fundamental, que la transfusión de sangre ordenada en contra de su voluntad constituye un acto compulsivo que avasalla las garantías

de la doctrina establecida en 1993 en la citada causa “Bahamondez”. En este caso, el paciente también profesaba el culto Testigos de Jehová, y, según una declaración efectuada por él —con anterioridad a su hospitalización—, certificada por escribano público, manifestó dicha pertenencia y por tal motivo no aceptaba transfusiones de sangre. Dada la gravedad del padecimiento, su padre solicitó una medida precautoria, a los efectos de que se autorizara a los médicos tratantes a efectuarle la referida transfusión.

Cuando se inician las actuaciones, el paciente no se encontraba en condiciones de expresar por sí mismo su voluntad por tratarse en un período de inconciencia. Fue su cónyuge quien se opuso al planteo efectuado por el progenitor del paciente, invocando la existencia de la mencionada expresión de voluntad y solicitando que se respete dicha decisión. La Cámara revocó la sentencia recurrida y contra ese pronunciamiento el actor interpuso recurso extraordinario. Llegado al alto tribunal, este decidió ponderar el principio de autonomía personal y confirmar la sentencia.

La sentencia del caso “Albarracini” reitera la línea jurisprudencial de la Corte, que privilegia el principio de autodeterminación, respetando la voluntad del paciente sobre el valor jurídico vida.

IV. El Código Civil y Comercial y el artículo 60

El Cód. Civ. y Com. incorpora un régimen sistemático de los derechos de la personalidad que —como surge de los Fundamentos del Anteproyecto—, se trata de un insistente reclamo de la doctrina argentina. El capítulo se inicia con una declaración acerca de la dignidad de la persona humana y se reconocen explícitamente los derechos a la intimidad, imagen e identidad, regulando el derecho a la disposición del propio cuerpo con limitaciones fundadas en principios bioéticos. En este capítulo se han previsto las directivas anticipadas.

El art. 60 del Cód. Civ. y Com. autoriza que la persona plenamente capaz anticipe directivas y confiera mandato respecto de su salud y en previsión de su propia incapacidad. Puede también designar a la persona o personas que han de ex-

presar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Es importante destacar que esta manifestación de voluntad debe ser respetada y tutelada como expresión del derecho a la autonomía y la autodeterminación, en tanto se trata de una conducta que expresa las convicciones, deseos, valores y creencias, con sustento en el derecho a la dignidad y libertad personal contenidos en el art. 51 del Cód. Civ. y Com. y arts. 19 y 75, inc. 22, de la CN (8).

Estas decisiones —las que previamente deben recibir información con respecto a los tratamientos médicos que han de aceptarse o rechazarse—, van dirigidas por parte del disponente ya sea a sus familiares y/o a los profesionales de la Salud y tienen por finalidad la toma de decisiones relacionadas con situaciones graves en materia de salud o, en la etapa final de la propia vida.

El art. 60 del Cód. Civ. y Com., contempla las siguientes posibilidades:

- 1) otorgar directivas anticipadas que impliquen dejar instrucciones por escrito; y
- 2) designar a la persona o personas que han de expresar el consentimiento para los actos médicos y para ejercer su curatela.

Respecto de este último punto, la norma no hace otra cosa que reiterar lo dispuesto en el art. 139 Cód. Civ. y Com., el cual dispone: “La persona capaz puede designar, mediante una directiva anticipada, a quien ha de ejercer su curatela”.

Al momento de redactar su directiva anticipada, el paciente puede disponer cuáles son las prácticas que no desea recibir, o por el contrario designar una persona para que decida por él. En este último supuesto se abre un espectro de posibilidades, permitiendo que el mandante decida sobre la salud de la persona sobre la base del conocimiento real del incapaz, conforme a una relación de afecto y de acuerdo con las posibi-

(8) AIZENBERG Marisa, en GARRIDO CORDOBERA, Lidia – BORDA, Alejandro – ALFERILLO, Pascual (dirs.), “Código Civil y Comercial”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 83.

lidades de la ciencia médica al momento de la decisión (9).

Es importante destacar que los operadores jurídicos y los profesionales médicos tienen un gran desafío en este sentido, ya que no existe una ética homogénea, ni las personas tienen la misma escala de valores; cada cual posee irrepetibles cualidades sociales, biológicas, culturales y creencias espirituales, que conforman un universo axiológico muy distintos al de otras personas y que en definitiva nos encaminan en proyectos y finalidades de vida distintos (10).

V. Posibilidad de designación del propio curador

Debemos recordar que el Código Civil y Comercial recepta un nuevo paradigma en materia de personas con capacidad restringida. Remarca que la noción de incapacidad en la que habrá de aplicarse el instituto de la representación se reserva para casos extremadamente excepcionales, los que han de configurarse en aquellos supuestos en los que la persona, lamentablemente no se encuentra con posibilidades absoluta falta de habilidades para dirigir su persona o administrar sus bienes (11).

De la interpretación de los arts. 60 y 139 del Cód. Civ. y Com., se concluye que toda persona capaz puede designar su propio curador ante la posibilidad de una incapacidad sobreviniente. Estamos contestes en que ese curador puede representarlo para atender cuestiones relacionadas con su salud, su persona y sus bienes, conforme a lo dispuesto por el art. 139 del citado ordenamiento, al receptar en el segundo párrafo que la principal función del curador es la de cuidar a la persona y los bienes del incapaz, y tratar de que recupere su salud.

Es importante destacar que ni el Código de Vélez ni la ley 26.657 de salud mental prevén la posibilidad de designar al propio curador. Es el juez quien lo designa, conforme a las pautas que

la ley le pone. A partir de la entrada en vigencia de la citada ley, el juez puede y debe oír la opinión del propio incapaz. Pestalardo entiende que ya no se trataría de una disposición "en previsión de la propia incapacidad" hecha por una persona capaz sino, directamente de la opinión de una persona que ya es incapaz. Por último, hay enfermedades que por sus características o evolución no permiten a la persona poder expresar su opinión. En estos casos, nada podría hacerse (12).

Recordemos que se incorporó a nuestra legislación de fondo el instituto de los apoyos, el cual se encuentra regulado en el art. 43 del Cód. Civ. y Com., el cual dispone: "Se entiende por apoyo cualquier medida de carácter judicial o extrajudicial que facilite a la persona que lo necesite la toma de decisiones para dirigir su persona (...). Las medidas de apoyo tienen como función la de promover la autonomía y facilitar la comunicación, la comprensión y la manifestación de voluntad de la persona para el ejercicio de sus derechos. El interesado puede proponer al juez la designación de una o más personas de su confianza para que le presten apoyo". Esta situación no fue contemplada en el art. 60 ni en el art. 139 del Cód. Civ. y Com.

VI. La forma

El art. 60 del Cód. Civ. y Com., nada dice respecto de su instrumentación. Por lo expuesto, es de aplicación supletoria lo dispuesto en el art. 11 de la ley 26.529, sobre Derechos del Paciente y su reglamentación.

VI.1. Revocación

La legislación civil y comercial, al igual que la ley 26.529, prevé la posibilidad de revocar las directivas otorgadas, reafirmando el respeto por la autonomía de las personas.

Mientras la reglamentación de la ley establece que la revocación debe cumplir con la misma modalidad con que se las otorgó, o las demás habilitadas a tal fin y si ello no fuere posible se documentará su decisión revocatoria verbal, con la presencia de al menos dos testigos y sus respectivas rúbricas en la historia clínica,

(9) LAMM, Eleonora, en HERRERA, Marisa - CARAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, t. 1, p. 146.

(10) LUCERO, Gabriela C., ob. cit., p. 12.

(11) "Fundamentos del Anteproyecto", ob. cit., p. 458.

(12) PESTALARDO, Alberto, "La regulación de las Directivas anticipadas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista Derecho Privado*, año I, nro. 2, Ed. Infojus.

además de la firma del profesional actuante, el Código dispone que puede ser libremente revocada en todo momento. Consecuentemente, se debe respetar la voluntad de una persona que ha dejado instrucciones previas pero que, al momento de ingresar a un centro de salud, encontrándose lúcido y capaz, decide dejarlas sin efecto o establecer otras, aun cuando no tenga delante un escribano y dos testigos (13).

VII. A modo de conclusión sobre el artículo 60 del Código Civil y Comercial

Coincidimos con Lafferriere, en que:

- El art. 60 establece una norma específica referida a las directivas anticipadas sobre actos personalísimos sobre el propio cuerpo previendo una imposibilidad fáctica para la toma de dichas decisiones en el futuro, limitada estrictamente a actos de dicha naturaleza, y en el contexto de la normativa sobre derechos del paciente.

- La incapacidad a la que hace mención el art. 60 Cód. Civ. y Com. para que se tornen operativas las “directivas anticipadas” es la misma a la que refiere el art. 59 *in fine* del citado ordenamiento, y corresponde al caso en que la persona se encuentra “absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica” y “medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para la vida o la salud”.

- En cuanto a la determinación de la situación de imposibilidad absoluta de manifestación de la voluntad a la que refiere el art. 59, la reglamentación de la ley de derechos del paciente remite al criterio médico, mientras que el nuevo Cód. Civ. y Com., no brinda orientación sobre el punto.

- El art. 60 no contempló la frase del art. 11 de la ley 26.529 que establecía que “las directivas deberán ser aceptadas por el médico a cargo” y al respecto, habrá que estar a la jurisprudencia de la Corte y a las normas generales sobre la actuación médica, sobre todo teniendo en cuenta que se tienen por no escritas las directivas que impliquen prácticas eutanasicas.

- Si bien conforme al art. 1329, inc. e), del Código el mandato se extingue por “incapacidad”

del mandante o mandatario, dicha causal no es aplicable a las directivas anticipadas del art. 60 por cuanto implicarían la frustración de la finalidad del instituto.

- La designación anticipada de un representante previsto en el art. 60 Cód. Civ. y Com., ha de interpretarse conforme a las reglas generales de “representación” que establece el nuevo Código (arts. 100 a 103 y 358 y ss.), o bien bajo la figura del mandato, según se haya expresado en las directivas anticipadas.

- El Cód. Civ. y Com. no aclara bajo qué criterios habrá de obrar el representante designado anticipadamente al momento de ponderar cómo decidir el consentimiento por representación si no recibió directivas previas en tal sentido.

- El art. 60 nada dice sobre la necesidad de “aceptación” del representante designado en las directivas anticipadas y habrá que estar a lo dispuesto por el art. 11 del dec. 1089/2012.

- Si bien el citado artículo, como ya anticipáramos, omite referirse a la forma prescripta para la instrumentación y registración de las directivas anticipadas, continúan vigentes al respecto, las disposiciones de la ley 26.529 reformada por la ley 26.742 y el dec. 1089/2012 (14).

VIII. La ley del paciente y su reglamentación

No podemos obviar que los avances biotecnológicos han producido cambios importantes en la vida diaria de las personas, alargándola en algunos casos, previniendo enfermedades, curando otras, acelerando procesos de diagnóstico. Todo ello, ha hecho que los patrones de conducta que los profesionales de la salud habitualmente realizaban, se vean modificados, poniendo de relieve que los conceptos mismos de enfermedad, de muerte, de salud que antes eran aceptados sin discusión, ahora se vean cuestionados. Además, se generan entonces actitudes ambivalentes por la novedosa puja de valores en cuestión, lo cual

(14) LAFFERRIERE, Jorge N., “Las directivas de autoprotección en el derecho argentino: ¿qué visión del hombre, qué noción de dignidad?”, disponible en <https://repositorio.uca.edu.ar/bitstream/123456789/8836/1/directivas-autoproteccion-derecho-argentino.pdf>, p. 3.

(13) LAMM, Eleonora, ob. cit., p. 147.

ha llevado en los últimos tiempos a un constante análisis de la ética profesional (15).

Recordemos que las directivas anticipadas son manifestaciones escritas, datadas y fehacientes, que libremente realiza una persona capaz expresando su voluntad respecto de las prestaciones, tratamientos médicos o terapias paliativas que desea o rechaza recibir en caso de encontrarse en una situación futura, de incapacidad física o mental para decidir, y que requieren del consentimiento libre e informado del paciente. Es un derecho que se le reconoce al ser humano de poder elegir no ser sometido a tratamientos médicos que considere como contrarios a su dignidad, cuando padezca alguna enfermedad irreversible, incurable o se encuentre en un estadio terminal.

La ley 26.529/2010, referente a "los derechos del paciente en su relación con los profesionales e instituciones de la salud", más las modificaciones introducidas por la ley 26.742/2012 llamada Ley de Muerte Digna y el dec. regl. 1082/2012, legalizan los derechos de los pacientes respecto de la autonomía de la voluntad, la información y la documentación clínica, es decir regulan las relaciones entre el paciente con los médicos y con las instituciones de la Salud.

(15) "Lo que la ciencia de la salud y el derecho pretenden en la actualidad es el respeto de la libertad de cada uno de los involucrados en la relación médico-paciente. Por un lado se busca entonces que la práctica médica no vulnere los sentimientos y valores del médico, reconociendo la posibilidad de que este objete conciencia a determinadas prácticas, ello claro, reconociendo que tal derecho se encuentra limitado por uno superior, tal como el derecho a la vida del paciente. El ejercicio de esta prerrogativa galena implica como límite la integridad y la salud del propio paciente, por lo que su decisión no debe afectarla, debiendo garantizarse que la atención médica requerida sea realizada por otro profesional, para poder así encontrarse facultado a objetar conciencia. Como contracara de la misma moneda, al paciente se le han reconocido cada vez más derechos, desplazando de la esfera única de decisión al médico, haciéndolo parte a él y a su familia de las decisiones que le incumben. Pero este nuevo rol del paciente y del médico en sus relaciones, debe enmarcarse también en un nuevo concepto de "la salud" toda vez que, durante mucho tiempo, se creyó que esta era únicamente la ausencia de enfermedad (LUCERO, Romina, "Directivas médicas anticipadas durante el embarazo. inconstitucionalidad de sus límites", *Revista Derecho Privado*, año III, nro. 9, Infojus, diciembre 2014, p. 195).

Tengamos en cuenta que el art. 60 del Cód. Civ. y Com. comentado no debe ser interpretado en forma aislada sino a la luz de la ley especial y su reglamento.

IX. Proyectos de reforma a las directivas anticipadas

Los dos últimos proyectos presentados son los siguientes: el de la senadora Norma Haydee Durango, bajo nro. de expte. S-602/2020, que en su momento contó con dictamen favorable de la Comisión de Legislación General de aquella cámara, el cual perdió estado parlamentario al día de la fecha; y el del senador Rodolfo Guerra presentado en este año bajo el número de expte. 669/22.

IX.1. ¿Por qué hemos de analizar un proyecto que ha perdido estado parlamentario? ¿Cuál es la diferencia entre ambos?

Hemos considerado oportuno hacer referencia a ambos proyectos teniendo en cuenta que el de la senadora Durango proponía una modificación a algunos artículos del Cód. Civ. y Com. introducidos por ley 26.694, mientras que el senador Guerra propone una ley especial para los actos de autoprotección y el mandato preventivo.

IX.1.a. Proyecto Durango

Conforme surge de los fundamentos de su elevación a la Cámara de Senadores, el proyecto tenía por objeto precisar y completar la regulación de las directivas anticipadas que hace el Cód. Civ. y Com., y las legislaciones afines como la ley de derechos de los pacientes y salud mental, bajo la figura de los actos de autoprotección.

A tal fin, su proyecto ampliaba su contenido y las personas habilitadas para hacerlo —conforme con el derecho constitucional y convencional en vigor—, proponía la modificación al régimen previsto por el código sustantivo incorporando y cambiando artículos relacionados con el ejercicio del derecho de autoprotección, e incluyendo la figura del poder preventivo.

Al sancionarse el Código de Fondo por la ley 26.994, este derecho no quedó plasmado en forma amplia y respetuosa respecto de la autonomía de las personas en lo referido a previsiones para la propia limitación de la capacidad. Consideramos que, si bien es plausible que se introdujera el consentimiento informado, las di-

rectivas médicas anticipadas y el mandato para hacerlas cumplir, y el nombramiento del propio curador, como ejes centrales del cambio, en la práctica, resultaba insuficiente la recepción del derecho de autoprotección referido a todas las demás materias autorreferenciales de la persona como instrucciones y destino respecto de sus bienes, cosas, mascotas, intenciones de final de vida, elección de residencias, proyecto de vida, es decir no solamente cuestiones médicas.

Dicha omisión produce variaciones y oposiciones en la doctrina que no son provechosas para la sociedad, teniendo en cuenta que los actos de esta naturaleza necesitan ser dotados de la mayor seguridad y eficacia; es decir, que el médico que los lea confíe plenamente en ese documento; que conozca que un profesional del derecho especializado participó de su instrumentación, corroborando la identidad y el discernimiento de la persona interesada. Por eso, es muy importante que la doctrina sea unívoca y que ello brinde la tranquilidad a la comunidad que se acerca a semejante momento de la vida, que muchos de nosotros podemos padecer.

Las modificaciones que proponía la senadora Durango al “Régimen de los actos de autoprotección y de las directivas anticipadas en el Cód. Civ. y Com.” son:

1. En primer lugar, la sustitución del art. 33 del Cód. Civ. y Com., aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 33.- Legitimados. Están legitimados para solicitar la declaración de capacidad restringida y de incapacidad: a) el propio interesado; b) la persona designada en un acto de autoprotección o en un mandato preventivo; c) el cónyuge no separado de hecho y el conviviente mientras la convivencia no haya cesado; d) los parientes dentro del cuarto grado; si fueran por afinidad, dentro del segundo grado; e) el Ministerio Público”.

La propuesta de reforma del art. 33 del Cód. Civ. y Com. incorporaba como persona legitimada para solicitar la declaración de capacidad restringida y de incapacidad a la “persona designada en un acto de autoprotección o en un mandato preventivo”. La doctrina especializada resaltó el defecto de haber dejado afuera a la persona designada por el interesado mismo.

2. La segunda modificación sustituía el art. 59 del Cód. Civ y Com., por el siguiente:

“Art. 59.- Consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud. El consentimiento informado para actos médicos e investigaciones en salud es la declaración de voluntad expresada por el paciente, emitida luego de recibir información clara, precisa y adecuada, respecto de: a) su estado de salud; b) el procedimiento propuesto, con especificación de los objetivos perseguidos; c) los beneficios esperados del procedimiento; d) los riesgos, molestias y efectos adversos previsibles; e) la especificación de los procedimientos alternativos y sus riesgos, beneficios y perjuicios en relación con el procedimiento propuesto; f) las consecuencias previsibles de la no realización del procedimiento propuesto o de los alternativos especificados; g) en caso de padecer una enfermedad irreversible, incurable, o cuando se encuentre en estado terminal, o haya sufrido lesiones que lo coloquen en igual situación, el derecho a rechazar procedimientos quirúrgicos, de hidratación, alimentación, de reanimación artificial o al retiro de medidas de soporte vital, cuando sean extraordinarios o desproporcionados en relación a las perspectivas de mejoría, o produzcan sufrimiento desmesurado, o tengan por único efecto la prolongación en el tiempo de ese estado terminal irreversible e incurable; h) el derecho a recibir cuidados paliativos integrales en el proceso de atención de su enfermedad o padecimiento. Ninguna persona con discapacidad o en cualquier otra situación de vulnerabilidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado, para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Nadie puede ser sometido a exámenes o tratamientos clínicos o quirúrgicos sin su consentimiento libre e informado, excepto disposición legal en contrario. Las personas menores de edad, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas pertenecientes a comunidades indígenas, o cualquier otra que se encuentre en situación de vulnerabilidad, deben recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le deberá proveer por vía extrajudicial o judicial.

Se deberán respetar las directivas otorgadas en el acto de autoprotección aun cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica. En caso de haber designado a una persona encargada de hacer cumplir las directivas, esta será quien otorgue el consentimiento respectivo. Si la persona se encuentra absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica y no la ha expresado anticipadamente, el consentimiento podrá ser otorgado por el representante legal, el apoyo, el cónyuge, el conviviente, el pariente o el allegado que acompañe al paciente, siempre que medie situación de emergencia con riesgo cierto e inminente de un mal grave para su vida o su salud. En ausencia de todos ellos, el médico puede prescindir del consentimiento si su actuación es urgente y tiene por objeto evitar un mal grave al paciente”.

En este amplísimo y largo art. 59, la modificación agregaba un párrafo importante, al tener en cuenta a la persona con discapacidad, en la medida en que refiere: “o en cualquier otra situación de vulnerabilidad”, agrandando así la protección de las personas vulnerables que no podrán ser sometidas a investigaciones en salud sin su consentimiento libre e informado. En este sentido, deviene imprescindible hacer todo lo posible por abarcar y no dejar fuera del cuidado y control legal al espectro de las personas con algún supuesto de vulnerabilidad.

También incorpora a este artículo el siguiente párrafo: “Las personas menores de edad, las personas con discapacidad, las personas mayores, las personas pertenecientes a comunidades indígenas, o cualquier otra que se encuentre en situación de vulnerabilidad, deben recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le deberá proveer por vía extrajudicial o judicial”.

El proyecto ponía la mirada en las personas vulnerables y, especialmente aclaraba que la información que pudieran recibir fuera comprensible, accesible, acorde con su identidad, educación y necesidades comunicativas, reconociendo la línea del art. 12 de la Convención

Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, resaltando la obligación de acercarle a la persona que lo necesite los apoyos pertinentes, sean judiciales o extrajudiciales. El proyecto trataba de armonizar el régimen vigente para los actos de autoprotección con la letra del art. 2º del Cód. Civ. y Com. (16).

En cuanto a la situación de la persona que se encuentra absolutamente imposibilitada de expresar su voluntad, el proyecto preveía: “Se deberán respetar las directivas otorgadas en el acto de autoprotección aun cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica. En caso de haber designado a una persona encargada de hacer cumplir las directivas, esta será quien otorgue el consentimiento respectivo”. Es decir, el párrafo garantizaba el acatamiento de las decisiones de las personas establecidas en los actos de autoprotección respecto de bienes jurídicos fundamentales como el patrimonio, la salud y la vida.

3. La tercera modificación proponía sustituir el art. 60 del Cód. Civ. y Com., por la siguiente redacción:

“Art. 60.- Actos de Autoprotección. Mandato preventivo. Toda persona, tiene derecho a anticipar directivas en materias autorreferentes patrimoniales o extrapatrimoniales y en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento, mediante un acto de autoprotección o confirmando mandato preventivo. Sin perjuicio de los requisitos de todo acto jurídico, regirán las siguientes disposiciones: a) Contenido del acto. Las disposiciones pueden versar sobre materias autorreferentes atinentes a la salud del otorgante, a su cuidado personal, a su lugar de residencia, a sus bienes y a la designación del propio apoyo o curador. Asimismo, pueden designar a una o más personas para que lo representen cuando sea necesario y lleven a cabo los actos que requieran el cumplimiento de la voluntad expresada. b) Nulidad. Son nulas aquellas disposiciones que impliquen desarrollar prácticas

(16) Art. 2º, Cód. Civ. y Com.: “Interpretación. La ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento”.

eutanásicas, afecten al bien común, derechos de terceros, o sean contrarias al ordenamiento jurídico. c) Forma. Salvo que una ley especial admita una forma diferente, el acto de autoprotección y el mandato preventivo deben ser otorgados por escritura pública, o ante autoridad judicial o juez de paz competente con la presencia de dos [2] testigos. d) Revocación y modificaciones. El acto de autoprotección y el mandato preventivo pueden ser libremente modificados y revocados por quien lo otorgó. e) Registro. Los actos de autoprotección, sus modificaciones y revocaciones, se inscribirán en los registros que a tal fin funcionen en los colegios notariales de cada jurisdicción, quienes deben facilitar el acceso a la información de modo eficaz. Ante la carencia de recursos u otros —impedimentos suficientemente acreditados por el interesado, los colegios notariales deberán garantizar las condiciones que permitan el otorgamiento del acto en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones”.

El autor del proyecto —que como ya anticipáramos ha perdido estado parlamentario—, entendía que las modificaciones al artículo transcrito, es donde residiría la mayor y más eficiente proposición a favor de la autonomía de la voluntad, teniendo en cuenta lo siguiente:

a) modifica la denominación del artículo: en lugar de directivas médicas lo titula “Actos de autoprotección. Mandato”;

b) cambia la denominación de persona plenamente capaz, refiriéndose a “toda persona”;

c) amplía el objeto de estos actos, expandiéndolo no solo a cuestiones médicas, sino también a “materias autorreferentes patrimoniales o extrapatrimoniales y en previsión de una eventual pérdida de su discernimiento”, como venía solicitando la doctrina;

d) introduce la figura del mandato preventivo, lo que permite incorporar previsiones en el orden patrimonial y la prolongación de la representación voluntaria más allá de la propia incapacidad o restricción de capacidad del otorgante;

e) impone requisitos —además de los que corresponden a todo acto jurídico—, sobre contenido del acto ampliando el ejercicio de los

derechos de las personas cuando ya no puedan decidir por sí mismas o tenga disminución parcial al respecto, como: cuestiones referentes a la salud del otorgante, a su cuidado personal, a su lugar de residencia, a sus bienes y a la designación del propio apoyo o curador, designar a una o más personas para que lo representen cuando sea necesario y lleven a cabo los actos que requieran el cumplimiento de la voluntad expresa, excepto que implique desarrollar prácticas eutanásicas, afecte al bien común, derechos de terceros, o sean contrarias al ordenamiento jurídico y, por tanto, impulsa la sanción de estos supuestos con nulidad;

f) promueve la forma del acto por escritura pública o ante autoridad judicial o juez de paz competente con la presencia de dos testigos, lo que redundaría en conferir al acto la mayor formalidad posible, atento los bienes jurídicos elementales en juego; y, por último,

g) mantiene la posibilidad de que el acto de autoprotección y el mandato preventivo puedan ser libremente modificados y revocados por quien lo otorgó.

4. Como cuarto punto, el proyecto proponía incorporar, como art. 60 bis del Cód. Civ. y Com., el siguiente:

“Art. 60 bis. - Personas especialmente protegidas. Situaciones de vulnerabilidad. A partir de los dieciséis años, la persona tiene derecho a otorgar directivas anticipadas mediante un acto de autoprotección. El adolescente de trece años y menor de dieciséis, puede hacerlo conforme a las disposiciones del art. 26 de este Código. Sin perjuicio de ello, las personas menores tienen siempre el derecho a expresar su opinión en el marco de un acto de autoprotección, y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez. Asimismo, toda persona que, por discapacidad, vejez, género, pertenencia a una comunidad indígena u otra condición, se encuentre en situación de vulnerabilidad, tiene derecho a tomar decisiones autorreferentes con respecto a su futuro en un acto de autoprotección y a que su voluntad sea respetada, con las limitaciones que eventualmente surjan de una sentencia judicial. En este último supuesto, tendrán derecho a expresar su opinión y a que siempre sea tenida en cuenta”.

El proyecto al incorporar por medio del art. 60 bis al Cód. Civ. y Com., a las personas especialmente protegidas y en situaciones de vulnerabilidad, receptaba la opinión de calificada doctrina respecto del art. 26 del mismo cuerpo legal, que en su último párrafo admite que, a partir de los dieciséis años, la persona pueda otorgar un acto de autoprotección, como así también, que el adolescente de trece años y menor de dieciséis, puede hacerlo conforme a las disposiciones del referido art. 26; y propugna en sus fundamentos que los menores “tienen siempre el derecho a expresar su opinión en el marco de un acto de autoprotección, y a que su opinión sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez,” lo que armoniza la letra de la norma civil con la Convención Internacional sobre los Derechos del Niño, pues el menor de edad tiene derecho a ser oído, especialmente, en lo que refiere a su propia salud.

5. Como quinto punto, sustituía el art. 61 del Cód. Civ. y Com., en lo referente a las exequias, texto que fuera aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“Art. 61.- Exequias. Toda persona en uso de su discernimiento puede disponer, por cualquier forma, el modo y circunstancias de sus exequias, inhumación y cremación, así como la dación de todo o parte del cadáver con fines terapéuticos, científicos, pedagógicos o de índole similar. Si la voluntad del fallecido no ha sido expresada, o esta no puede presumirse, la decisión corresponde al cónyuge, al conviviente y en su defecto a los parientes según el orden sucesorio, quienes no pueden dar al cadáver un destino diferente al que habría dado el difunto de haber podido expresar su voluntad”.

El artículo proyectado preveía que “toda persona que, por discapacidad, vejez, género, pertenencia a una comunidad indígena u otra condición, se encuentre en situación de vulnerabilidad” tiene derecho de adoptar “decisiones autorreferentes con respecto a su futuro y a que su voluntad sea respetada, con las limitaciones que eventualmente surjan de una sentencia judicial”.

Es decir, abordaba las exequias, la inhumación, cremación, o dación del cadáver de una persona, total o parcial, con fines científicos, terapéuticos, pedagógicos o de índole similar, según la decisión del otorgante de estos actos

jurídicos, y prohíbe las presunciones, ante la falta de decisión expresa.

6. En el punto sexto, proyectaba sustituir el art. 139 del Cód. Civ. y Com. por el siguiente:

“Art. 139.- Personas que pueden ser curadores. Toda persona en uso de su discernimiento puede designar a quien ha de ejercer su apoyo o curatela de acuerdo con sus directivas, mediante acto de autoprotección o mandato preventivo. Los padres pueden nombrar apoyos y curadores de sus hijos con capacidad restringida o incapaces, en los casos y con las formas en que pueden designarles tutores. Cualquiera de estas designaciones debe ser aprobada judicialmente. No obstante, no pueden ser designados apoyos o curadores quienes no pueden ser tutores de acuerdo a lo dispuesto por el art. 110 del presente Código, especialmente la persona excluida expresamente para dicha función en un acto de autoprotección o judicialmente. A falta de estas previsiones, el juez puede nombrar al cónyuge no separado de hecho, al conviviente, a los hijos, padres o hermanos de la persona a proteger, según quien tenga mayor aptitud. Se debe tener en cuenta la idoneidad moral y económica”.

Como también surge de sus fundamentos, y con el fin de efectivizar el ejercicio de derechos tan importantes para la persona humana, el proyecto tenía en cuenta que “toda persona que, por discapacidad, vejez, género, pertenencia a una comunidad indígena u otra condición, se encuentre en situación de vulnerabilidad” tiene derecho de adoptar “decisiones autorreferentes con respecto a su futuro y a que su voluntad sea respetada, con las limitaciones que eventualmente surjan de una sentencia judicial”.

7. Por último, respecto de la extinción del mandato, sustituía el inc. e) del art. 1329 del Cód. Civ. y Com., aprobado por la ley nacional 26.994, por el siguiente:

“e) por la muerte o restricción judicial a la capacidad de ejercicio del mandante o del mandatario, para aquellos actos limitados en la sentencia. El mandato preventivo subsistirá cuando se hubiere otorgado en previsión de la pérdida del discernimiento del mandante, apreciada conforme a lo dispuesto por este. También subsistirá, en caso de haberse otorgado en pre-

visión de la restricción judicial de la capacidad de ejercicio sujeto a la conformidad judicial”.

IX.2. El proyecto de Ley de Autoprotección y Poderes preventivos impulsado por el senador riojano Ricardo Guerra

Como puede inferirse de sus fundamentos, el autor considera que se ha logrado el avance normativo necesario para la protección de los derechos humanos de todas las personas, especialmente de aquellas que se encuentran en situación de mayor vulnerabilidad, lo cual exige garantizar el respeto a su voluntad en los actos autorreferentes ante una eventual pérdida de su autonomía.

Teniendo en cuenta lo expuesto, propone una regulación legal de los actos de autoprotección y de los poderes y mandatos preventivos acorde con la normativa constitucional y convencional vigente, suficientemente amplia para abarcar las circunstancias y preocupaciones de cada persona.

Como ya anticipáramos, se diferencia del proyecto Durango —el cual modifica o introduce nuevos artículos dentro del Cód. Civ. y Com.—, porque esta nueva propuesta postula la implementación de una ley especial e integral a fin de encuadrar esta materia en los principios fundamentales de los tratados internacionales sobre DDHH y del propio Cód. Civ. y Com.

Podemos destacar como ejes fundamentales del presente proyecto, los siguientes:

1. Ha tenido en cuenta los nuevos criterios sobre la capacidad de las personas para el ejercicio de sus derechos, el cual impone un cambio rotundo con respecto al régimen binario de los códigos decimonónicos, y así propone habilitar el otorgamiento de los actos que regula a todas las personas, aún a aquellas en situación de vulnerabilidad, cuando cuentan con el discernimiento necesario para ello.

2. Aumenta los posibles temas que pueden contener estos actos, evitando limitarlos exclusivamente a determinados ítems como lo hace el Cód. Civ. y Com. —teniendo en cuenta la legislación vigente como la práctica diaria—, con el fin de abarcar esta necesidad de nuestra sociedad. No es un modelo fijo con el cual podamos contar

en nuestras computadoras, sino que cada uno de estos actos es diferente y único, ya que depende de las circunstancias de cada persona.

3. En tercer lugar, considera la forma que debe utilizarse para su instrumentación, a efectos de rodear al acto de las mayores seguridades a fin de garantizar su cumplimiento en el futuro. Recordemos que el art. 60 del Cód. Civ. y Com., nada dice al respecto, sino que ella se encuentra regulada en el art. 11 de la ley del paciente y su decreto reglamentario.

4. Deposita en los colegios notariales la responsabilidad de la registración de los actos de autoprotección, para asegurar su conocimiento en el momento oportuno, y la obligación de garantizar el acceso a su otorgamiento por las personas carentes de recursos o con otros impedimentos acreditados. Y, por último,

5. Regula los poderes y mandatos preventivos, que se encontraban totalmente ausentes en nuestra legislación respecto de este tema, y que cuentan con amplia recepción en el derecho comparado resultando herramientas valiosísimas para la autoprotección de las personas humanas.

IX.2.a. Disposiciones propuestas

El art. 1º dispone: “Objeto. La presente ley tiene por objeto la regulación de los actos de autoprotección y de los poderes preventivos de acuerdo a la normativa constitucional y convencional vigente en materia de DDHH”.

Como puede advertirse, el proyecto comienza estableciendo su objetivo. El autor del proyecto consideró necesario expresar las definiciones de los institutos por considerar que las mismas son necesarias para la comprensión cabal del mismo. Es por ello que, en el art. 2º dispone:

“Definiciones. Acto de autoprotección. Es el acto jurídico personalísimo en el cual la persona expresa su voluntad, de manera fehaciente, mientras cuenta con aptitudes suficientes para ello, sobre materia autorreferentes, para que sea respetada ante la eventual pérdida de su autonomía. Poder preventivo: Es el acto jurídico unilateral otorgado por una persona humana a favor de una o más personas humanas o jurídicas para que la representen en determinados actos en previsión de la pérdida del discerni-

miento o autonomía del poderdante. Se aplican las normas generales de la representación voluntaria en lo no modificado por la presente ley. Mandato preventivo: Es el contrato por el cual una persona humana encomienda a otra u otras personas humanas o jurídicas, y estas se obligan, a realizar uno o más actos jurídicos, en interés de la primera, en previsión de su pérdida de discernimiento o autonomía. Se aplican las normas generales del mandato en lo no modificado por la presente ley. Persona en situación de vulnerabilidad: Persona humana que, por diferentes circunstancias, entre ellas edad, género, estado físico o mental, discapacidad, condiciones sociales, económicas, étnicas y/o culturales, encuentra barreras específicas que le impiden ejercer plenamente sus derechos. Discernimiento suficiente: Aptitud de la persona humana de comprender el contenido, alcance y consecuencias del acto concreto a otorgar o en el cual tiene participación”.

Introduce como gran novedad en nuestra legislación la posibilidad de designar una persona jurídica para que ejecute la manda llegada el momento, siguiendo el modelo de las fundaciones tutelares del derecho español.

“Art. 3º.- Ejercicio del derecho de autoprotección. Toda persona humana, con discernimiento suficiente, tiene derecho a otorgar actos de autoprotección y poderes preventivos”.

Los actuales criterios en materia de autonomía de las personas para el ejercicio de derechos atienden al discernimiento concreto para el acto a otorgar y el respeto de su voluntad aún en situaciones de especial vulnerabilidad, y fundamentalmente cuando se trata del ejercicio de derechos personalísimos de acuerdo con las exigencias de las convenciones internacionales sobre DDHH, motivo por el cual el proyecto considera que resultan inadecuadas tanto la expresión “plenamente capaz” del art. 60 como la expresión “capaz” del art. 139.

“Art. 4º.- Contenido del acto. El acto de autoprotección puede contener directivas anticipadas sobre materias autorreferentes como la salud del otorgante, su cuidado personal y las personas designadas al efecto, su lugar de residencia, su patrimonio, la designación del propio apoyo o curador y la de una o más personas para que lo representen y hagan cumplir la voluntad

expresada incluso en lo referente a su identidad digital. El poder preventivo puede contener facultades amplias o especiales de acuerdo a la voluntad del otorgante, incluidas facultades patrimoniales, condiciones e instrucciones para el ejercicio de las facultades otorgadas, salvaguardas para evitar abusos, conflicto de intereses o influencia indebida y prever formas específicas de extinción. En el caso del poder preventivo en sentido estricto el apoderado podrá ejercer las facultades conferidas únicamente a partir de la pérdida de discernimiento o autonomía del poderdante, en la forma y condiciones previstas en el mismo instrumento, las que se deberán acreditar fehacientemente. El poder preventivo con cláusula de subsistencia despliega sus efectos desde el momento del otorgamiento y subsistirá aun cuando dicha situación se produzca. El poder preventivo no se extingue por la pérdida de discernimiento, temporaria o definitiva, del otorgante. En caso de restricción judicial a la capacidad de ejercicio, subsistirá salvo disposición judicial en contrario”.

Respecto del contenido del instrumento, el proyecto regula con gran amplitud todas las cuestiones autorreferentes que se pueden presentar en la vida de una persona e íntimamente ligada a sus derechos personalísimos.

El analizado art. 4º, al referirse a los poderes preventivos, aclara que la actual redacción del art. 60 del Cód. Civ. y Com. plantea serias dudas sobre la validez de los mandatos y poderes preventivos, aclarando que se trata de aquellos instrumentos en los cuales el otorgante designa una persona de confianza para que actúe en su nombre y representación ante una posible pérdida de su discernimiento, y teniendo en cuenta, además, lo que el mandante mismo disponga.

Estos poderes pueden tener efectos inclusive después de la restricción judicial a la capacidad de ejercicio según los casos, es decir está contemplando la posibilidad de superar su propia incapacidad. Lo que el autor ha previsto ante la pérdida de autonomía del otorgante es agilizar la realización de las gestiones y diligencias necesarias a su subsistencia, sin necesidad de esperar los tiempos y trámites que implica una sentencia judicial.

La norma contempla dos clases de poderes preventivos de acuerdo con la legislación com-

parada en la materia: los poderes preventivos en sentido estricto y aquellos que contienen una cláusula de subsistencia, con el fin de que sea la voluntad del otorgante quien determine el momento en que dicho instrumento adquiera vida.

“Art. 5º.- Nombramiento de apoyo o curador. Todas las personas, con discernimiento suficiente, pueden designar anticipadamente, en un acto de autoprotección o en un poder preventivo, sus propios apoyos y eventualmente curadores, en los términos de la Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, y de los arts. 31, 32, 33, 43, 139 y ccds. del Cód. Civ. y Com. La persona excluida expresamente por el otorgante no puede ser designada en tal carácter”.

Este artículo contempla la posibilidad del nombramiento del propio apoyo o curador, con el fin de garantizar el respeto a la voluntad de la persona ante la restricción judicial de su capacidad de ejercicio.

“Art. 6º.- Nulidad. Son nulas aquellas disposiciones que impliquen desarrollar prácticas eutanásicas”.

Si bien nuestra legislación vigente prohíbe las prácticas eutanásicas, esta prohibición se reitera en el transcripción art. 6º del proyecto con el fin de evitar interpretaciones equívocas.

“Art. 7º.- Forma. El acto de autoprotección debe ser otorgado por escritura pública, o ante autoridad judicial y puede ser libremente modificado y revocado por quien lo otorgó. El poder preventivo debe ser otorgado por escritura pública. Testigos. En ningún caso es necesario la presencia de testigos para el otorgamiento de estos actos, salvo que el requirente, la autoridad judicial o el escribano autorizante así lo soliciten”.

Como ya anticipáramos, el proyecto regula la forma del acto, aspecto fundamental, para garantizar la autenticidad de su contenido, insistiendo que el art. 60 del Cód. Civ. y Com. no prevé las formalidades del acto, motivo por el cual hasta ahora se deben aplicar supletoriamente, las disposiciones contenidas en la ley 26.529 sobre Derecho del Paciente en sus relaciones con los profesionales de la salud, historia

clínica y consentimiento informado, modificada por ley 26.742.

El citado art. 11 de la ley del paciente exige que la voluntad del otorgante se formalice ante escribano público o juzgados de primera instancia, con la presencia de dos testigos. Pero, solo rige para las disposiciones médicas anticipadas.

Como ya se señaló, estos actos abarcan una amplia gama de materias, no solo en materia de salud, sino que el presente proyecto amplía el tema, extendiendo la formalidad para todo acto de autoprotección. La expresión de voluntad se refiere en estos casos a cuestiones de gran trascendencia en la vida del otorgante y destinada a personas, lugar y tiempo que pueden ser indeterminados, por lo cual debe rodearse de las mayores garantías que aseguren su cumplimiento.

Por otro lado, al tratarse de un instrumento auténtico, evita las lógicas dudas que otro tipo de instrumentos puede despertar en un caso de premura: intervención quirúrgica, resguardo de la persona, entre otros. Se trata de un instrumento autosuficiente, que permite asentar de manera fehaciente la voluntad de las personas, asegurar la privacidad y certeza que el ejercicio de estos derechos reclama, así como el pleno discernimiento, la intención y la libertad con que el acto fue otorgado. Si bien la escritura pública ofrece las mejores garantías para resguardar la autonomía de la voluntad, es necesario brindar una segunda alternativa. Ante esa posible situación, el proyecto propone la posibilidad de otorgar actos de autoprotección a través de los juzgados competentes, que ofrecen las seguridades requeridas, aunque puede llevar más tiempo y complejidad.

Estas formalidades evitarán la demora, burocratización y judicialización de decisiones trascendentes sobre su vida, en especial cuando concurren las desavenencias entre familiares, médicos o allegados.

En cuanto a la forma de los poderes preventivos se considera prudente su otorgamiento por escritura pública, no habilitándose al respecto la vía judicial.

Además, el proyecto adopta la posibilidad de que el documento sea revocado o modificado en todo momento. Tiene en cuenta que, si bien

es conveniente que esta revocación o modificación se formalice por la misma vía por la cual fuera otorgado el acto, cuando ello no sea posible por razones de urgencia o fuerza mayor, debe prevalecer la libertad de formas a fin de priorizar el respeto de la voluntad del otorgante.

“Art. 8º.- Registración. Los actos de autoprotección y los poderes preventivos, sus modificaciones y revocaciones, deben inscribirse en los registros que a tal fin funcionan en los colegios notariales de cada jurisdicción. Responsabilidad de los colegios notariales. Los colegios notariales deben garantizar las condiciones que permitan el acceso a estos actos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones y la atención especial para el caso de personas que no cuenten con recursos suficientes para ello”.

La inscripción de los actos de autoprotección en los registros que funcionan en los colegios notariales de las diversas provincias argentinas resulta de fundamental importancia para su conocimiento oportuno, pero debe tenerse en cuenta que esta registración no constituye un requisito de validez del acto, pues tiene efectos declarativos.

El proyecto impone a los colegios notariales la obligación de garantizar el acceso a estos actos en el ámbito de sus respectivas jurisdicciones e introduce una novedad importantísima: la atención especial para el caso de personas que no cuenten con recursos suficientes para otorgarlo. Es de destacar que, desde hace tiempo los colegios notariales del país han asumido esta responsabilidad.

“Art. 9º.- Casos especiales: 1. Persona menor de edad. A partir de los dieciséis años, las personas tienen derecho a otorgar actos de autoprotección. El adolescente entre trece y dieciséis años puede hacerlo con la asistencia de sus representantes legales. Sin perjuicio de ello, todo niño, niña y adolescente tiene el derecho a expresar su voluntad sobre cuestiones autorreferentes y que sea tenida en cuenta conforme con su desarrollo y madurez. La persona menor de edad, con discernimiento suficiente, puede otorgar poder preventivo con respecto a aquellos actos que la ley la autoriza a otorgar por sí misma. 2. Personas mayores. Las personas mayores, en el marco de la Convención Interamericana sobre la protección de los Derechos

Humanos de las Personas Mayores y en ejercicio de su autonomía, tienen derecho a otorgar actos de autoprotección y poderes preventivos y sus directivas deben respetarse. Entre otras materias autorreferentes, dichos actos pueden contener directivas con respecto a su propio proyecto de vida conforme a sus tradiciones y creencias, la designación de las personas que se encargarán de sus cuidados y atención, la elección de su lugar de residencia, dónde y con quién vivir, en igualdad de condiciones con las demás personas. Asimismo, pueden brindar de manera anticipada su consentimiento libre e informado e instrucciones respecto de las intervenciones en materia de atención de su salud, incluidos los cuidados paliativos y directivas referidas al final de vida. Ingreso en un residencial gerontológico. En el caso de ingreso a un residencial gerontológico o institución de hospedaje de larga estadía, temporal o permanente, la persona mayor debe previamente ser informada de manera suficiente y adecuada con respecto a los derechos que le asisten, especialmente a otorgar su acto de autoprotección, que puede contener, entre otras, directivas sobre su estadía en la institución. Consentimiento expreso. La persona mayor debe brindar su consentimiento expreso y fehaciente para su ingreso a los residenciales señalados. En el caso de no contar con el discernimiento suficiente y haber designado oportunamente a una persona al efecto en un acto de autoprotección o poder preventivo, se debe recabar el consentimiento expreso de la persona autorizada. 3. Personas con discapacidad. Las personas con discapacidad, con o sin Certificado Único de Discapacidad, que cuentan con discernimiento suficiente, pueden expresar su libre y auténtica voluntad en actos de autoprotección y poderes preventivos, la cual debe ser respetada. Las personas con restricción judicial a su capacidad de ejercicio pueden otorgar el acto si no se encuentra vedado en la sentencia. En todos los casos tendrán derecho a expresar su voluntad y a que sea oportunamente tenida en cuenta. 4. Personas en situación de especial vulnerabilidad. Debe garantizarse a toda persona que presente dificultades para comunicarse, el derecho a otorgar los actos regulados en la presente ley y a utilizar para ello todos los apoyos humanos y tecnológicos adecuados que garanticen la fiel y auténtica expresión de su voluntad”.

La norma contempla el otorgamiento de estos actos en el caso de personas en situación de vulnerabilidad. Estos casos especiales ameritan su consideración de manera precisa, teniendo en cuenta que nuestra legislación interna no resulta coincidente con las normas internacionales y convencionales de derechos humanos.

Por lo expuesto, en primer lugar, es de destacar que considera de manera muy especial en primer lugar la situación de las personas menores de edad, siguiendo los principios de la Convención de los Derechos del Niño, la ley 26.061 referente a los derechos de niños, niñas y adolescentes, la ley del paciente y su modificación, sumado a ello el art. 26 del Cód. Civ. y Com., reconociéndole a la persona menor de edad entre 16 y 18 años la posibilidad de otorgar actos de autoprotección y con referencia al resto de los menores, sigue la normativa fijada en el citado art. 26.

En segundo lugar, hace referencia a las personas mayores haciendo hincapié en lo dispuesto por la Convención Interamericana para la protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores, garantizándoles el otorgamiento de estos actos. Al respecto, en los fundamentos del proyecto, aclara que “si bien no existe limitación legal para ello, es frecuente que se decida por las personas mayores y se ignore su derecho a hacerlo por sí mismas, aun cuando cuentan con aptitudes suficientes para ello”.

En tercer lugar, se consideró de fundamental importancia que la persona mayor reciba la información precisa y adecuada sobre sus derechos y requerir su consentimiento expreso para el ingreso a un residencial gerontológico o institución similar.

En cuarto lugar, al referirse a las personas con discapacidad, el proyecto garantiza el respeto de estos derechos, y especialmente se refiere a aquellas personas que poseen dificultades en la comunicación, generada por enfermedades cada vez más frecuentes, aceptando para que puedan realizar estos actos valiéndose de todos los medios humanos y tecnológicos actuales o futuros que puedan brindar las herramientas seguras para expresar su voluntad. Nos permitimos recordar a modo de ejemplo a los pacientes que padecen la enfermedad ELA.

“Art. 10.- Proceso judicial de Restricción a la capacidad. Se encuentra legitimada para solicitar judicialmente la restricción a la capacidad de ejercicio, además de las referidas en el art. 33 del CCC, la persona designada en un acto de autoprotección o en un poder preventivo, si en el acto ha sido expresamente facultada al efecto. En caso de iniciarse un proceso judicial de restricción a la capacidad de ejercicio, el juzgado interviniente debe oficiar al Registro de Actos de Autoprotección a fin de conocer la existencia de un acto otorgado por la persona cuya protección se solicita”.

Como puede advertirse, a diferencia del art. 33 del Cód. Civ. y Com., el proyecto legitima para otorgar estos actos a la persona designada en un acto de autoprotección o en un poder preventivo, si en el acto ha sido expresamente facultada al efecto.

También se agrega la obligación del juzgado interviniente de oficiar al Registro de Actos de Autoprotección a efecto de recabar la información que pueda corresponder sobre si la persona cuya determinación de capacidad se solicita, otorgó un acto de esa naturaleza.

Este último párrafo está acorde con la modificación que el Cód. de Procedimiento Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires introdujera por ley 14.334 del 23 de noviembre de 2011, al agregar el siguiente artículo: “Art. 619 bis.- El juez oficiará al registro de actos de autoprotección establecido en los arts. 184 bis y ss. del dec. ley 9020/1978 y sus modificatorias, quien deberá informar sobre el registro de decisiones tomadas por el presunto insano para la eventual imposibilidad, transitoria o definitiva de tomarlas por sí. De existir estipulaciones al respecto, las mismas serán remitidas al juzgado actuante y consideradas especialmente por el juez al momento de resolver. El Juez prescindirá de la consulta en los supuestos en que se demuestre que el presunto incapaz no tenga patrimonio y se solicite su declaración para la obtención del beneficio de pensión social, ley 10.205 y sus modificatorias, o cuando se acredite que por las características del mismo nunca ha gozado de la capacidad necesaria para otorgar un acto de esta naturaleza”.

“Art. 11.- Directivas anticipadas sobre salud. Consentimiento informado. Las directivas mé-

dicas otorgadas en un acto de autoprotección deben ser respetadas, aun cuando la persona se encuentre absolutamente imposibilitada para expresar su voluntad al tiempo de la atención médica. En este caso, la persona designada para hacer cumplir las directivas en materia de salud, será quien otorgue el consentimiento para actos médicos enumerados en el art. 59 Cód. Civ. y Com. Ninguna persona con discapacidad o en cualquier otra situación de vulnerabilidad puede ser sometida a investigaciones en salud sin el consentimiento previo libre e informado que exige el art. 59 Cód. Civ. y Com., para lo cual se le debe garantizar el acceso a los apoyos que necesite. Las personas menores de edad, las personas con discapacidad, las personas mayores, y todas aquellas en situación de especial vulnerabilidad, deben recibir información previa adecuada, clara y oportuna, que resulte accesible y comprensible de acuerdo con su identidad cultural, nivel educativo y necesidades de comunicación. En el caso de necesitar apoyo, asistencia o representación, se le debe proveer por vía extrajudicial o judicial. Las instituciones de salud deben informar a sus pacientes, de manera previa, precisa y adecuada, sobre el derecho que les asiste de otorgar un acto de autoprotección que contenga directivas anticipadas sobre su salud, las que deberán incluirse en su historia clínica”.

Las directivas anticipadas a través de un acto de autoprotección era merecedor de un artículo especial que las contenga. La norma propuesta dispone el respeto a las directivas otorgadas, y el acceso a los apoyos necesarios para otorgarlas.

El proyecto procura garantizar que las decisiones sean asumidas en la mayor medida posible por el propio paciente y con total comprensión de la situación y de sus posibles consecuencias, con el fin que sea respetada su voluntad y para evitar que el consentimiento informado se convierta en un simple trámite formal, carente de real contenido.

Se dispone con clara precisión que, si la persona no puede expresar su voluntad al tiempo de la atención médica, pero sí la ha expresado anticipadamente, las directivas deberán ser respetadas y el consentimiento será otorgado por quien o quienes hubieren sido designados en

ellas. En cuanto al mandato preventivo, el art. 12, dispone:

“Art. 12.- Mandato preventivo. Las disposiciones de la presente ley se aplican al mandato preventivo, el que se podrá otorgar con los mismos recaudos que el poder preventivo.

Como puede advertirse, si bien a lo largo del proyecto se hace referencia a los poderes preventivos, este art. 12 también admite el otorgamiento de los mandatos preventivos, con los mismos fundamentos, objetivos y recaudos señalados en las normas ya mencionadas. El proyecto concluye con las causales de extinción, disponiendo:

“Art. 13.- Extinción. Los actos regulados por la presente ley se extinguen:

a) Por el vencimiento del plazo o cumplimiento de la condición, en el caso en que se haya dispuesto así en el instrumento. b) Por la revocación efectuada, por cualquier medio, por el otorgante del acto. c) Por la muerte del otorgante del acto”.

La norma propuesta pretende materializar los valores, inquietudes y sentimientos más íntimos y genuinos del ser humano, pero también se propone contribuir a la construcción de un derecho que resulte humanista, que considere a cada persona un fin en sí; que respete su unicidad, la igualdad de oportunidades y de trato, y la dimensión comunitaria sin la cual ninguna persona podría lograr un desarrollo integral.

Insistimos, los actos de autoprotección tanto como los poderes y mandatos preventivos, constituyen herramientas jurídicas válidas y eficaces para garantizar el ejercicio igualitario de los derechos fundamentales de todas las personas, más allá de sus circunstancias y, especialmente, el derecho a ser protagonista principal de la propia vida por medio del uso de la autonomía de su voluntad.

Entendemos que este proyecto se sustenta fundamentalmente en la libertad, la igualdad y la dignidad de la persona humana, otorgando a los actos que regula el encuadre jurídico que todos consideramos se merece.

Planificación sucesoria

Fernando Pérez Lasala (*)

María Valeria Lizárdez (**)

Sumario: I. Introducción.— II. Implicancias patrimoniales de la planificación sucesoria.— III. Planificación sucesoria.— IV. Síntesis.

“Consiste en tomar los asuntos de la vida teniendo en cuenta la posibilidad del retiro y la certeza de la muerte”
(GUKIN)

I. Introducción

Hace ya muchos años que hacemos lo imposible para alargar la vida; pero qué poco hablamos de la muerte. ¿Cuál será el motivo por el cual en Occidente, a diferencia del mundo oriental, evitamos hablar de la muerte?

Algunos creen que es por miedo, otros por tabú; lo concreto es que muchas personas hacen una negación de la muerte y, encima de todo esto, la pandemia nos arrebató uno de los mayores placeres, como es el poder darnos un abrazo y expresar nuestros afectos.

Hablar de la muerte es un tema incómodo y difícil; pero creemos que es una conversación necesaria. Es más: hasta evitamos pensar en la muerte; evitamos pensar en las enfermedades, en la vejez y en el mañana lejano.

Entendemos que es importante prepararse para ese mañana; pensar en lo que se quiere y encontrar con quién hablarlo, cuándo hablarlo, dónde, qué es lo que quiero contar y qué es lo que quiero callar. Seguramente, cuanto más preparados estemos, menos doloroso será. Si nos tomamos el tiempo para pedir perdón, agradecer, expresar nuestro amor, resolver temas pendientes y despedirnos cara a cara de las

personas, eso seguramente nos dará tranquilidad espiritual.

Quizás el día que lo hagamos tendremos paz en nuestro corazón. Solo imagínense poder decirle a alguien de nuestra confianza cómo nos gustaría vivir los últimos días; cómo nos gustaría ser cuidados, por quién, de quién querríamos estar rodeados esos últimos días; dónde nos gustaría morir; quién nos gustaría que tomara decisiones por nosotros si por algún motivo no podemos hacerlo.

Casi todas las personas entienden que es importante hablar de este tema, pero casi seguro que solo muy pocos lo han hecho. ¿Alguien tiene duda de que sería muy bueno que nosotros decidiéramos algunos temas antes de nuestra muerte, para no cargar a otro con la responsabilidad de decidirlo? ¿Alguna vez se preguntaron o le preguntaron a alguien si preferirían morir en la casa, o en la cama de un hospital? Estas decisiones muchas veces las tiene que tomar un tercero, porque ya no hay manera de preguntarle al enfermo.

Es cierto que hay una manera de planificar algunos aspectos que se refieren a cuestiones no patrimoniales, como las exequias y las honras fúnebres (art. 61, Cód. Civ. y Com.), las directivas médicas anticipadas (art. 60, Cód. Civ. y Com.), el reconocimiento de hijos nacidos fuera del matrimonio por vía testamentaria [art. 571, inc. c), Cód. Civ. y Com.], la designación de tutores para los hijos menores (art. 106, Cód. Civ. y Com.), la designación de un administrador para la sucesión (art. 2347, Cód. Civ. y Com.), la de-

(*) Profesor titular efectivo de Derecho Sucesorio (Facultad de Derecho, UNCuyo); vicepresidente de la Academia Internacional de Derecho Sucesorio.

(**) Profesora de Derecho Sucesorio (Facultad de Derecho, UNCuyo).

signación de un albacea (art. 2524, Cód. Civ. y Com.) o la designación de un curador para parientes incapaces (art. 139, Cód. Civ. y Com.).

Del mismo modo, podemos planificar y decidir acerca del destino de nuestra cuenta de Instagram, Twitter, Facebook, así como el uso de nuestra imagen, que puede o no tener implicancias patrimoniales; pero en este artículo nos vamos a detener en hablar acerca de las implicancias patrimoniales de la planificación.

II. Implicancias patrimoniales de la planificación sucesoria

Partimos de la idea de que muchas decisiones que nosotros tomamos en vida, aunque no tomemos conciencia de ello, pueden repercutir de manera directa en el sistema sucesorio.

Cuando elegimos el régimen patrimonial por el cual contraemos matrimonio, estamos de algún modo planificando la sucesión, ya que no va a ser lo mismo el modo de distribución de los bienes entre los herederos y el cónyuge supérstite si hablamos de bienes gananciales o propios (si optamos por el régimen de separación de bienes). Como dice el dicho, cuando nos casamos creamos un heredero e incorporamos un socio a nuestro negocio.

Esto mismo ocurre cuando hacemos una convención matrimonial y, por supuesto, cuando formalizamos convenios reguladores en los divorcios, ya que muchos de esos bienes luego quedan fuera o dentro del patrimonio del causante, y esto tiene un impacto al momento del fallecimiento. A modo de ejemplo, la atribución de la vivienda en un divorcio, sin duda alguna, repercute económicamente al momento de la muerte de quien se le atribuyó, o no, ese inmueble.

Si decidiésemos conformar una unión convivencial, va a existir una gran diferencia a si decidimos tener hijos o no; y también puede impactar en la planificación si se adopta al hijo del cónyuge. Estos temas muchas veces no se tienen en consideración y solo se observan las familias ensambladas desde la óptica de la convivencia, los afectos y las responsabilidades en vida y no se piensan desde la óptica de la sucesión. ¿En algún momento se va a discutir acerca de los derechos hereditarios en el mundo de la socioafectividad? Quizá no, y se quiera dejar las cosas como están,

donde lo único importante son los vínculos biológicos en el mundo del derecho sucesorio. Personalmente creemos que es hora de hacer un análisis profundo del tema y acercar más el derecho sucesorio al derecho de familia.

III. Planificación sucesoria

La primera pregunta que nos debemos hacer es si en nuestro país se puede planificar la sucesión dentro del sistema legal. La respuesta, sin duda alguna, teniendo en cuenta lo dicho en el punto anterior, es que sí; pero también existen problemas si pretendemos planificar la distribución de los bienes luego de nuestro fallecimiento. Entendemos que existe un valladar, que es el fuerte sistema de legítimas, la falta de regulación de varios institutos que hacen referencia a la empresa familiar y la posibilidad de que en los pactos sobre herencia futura (art. 1010, Cód. Civ. y Com.) puedan celebrarse aún sin la participación del futuro causante.

Sin perjuicio de ello, la planificación mediante la utilización de institutos propios del derecho sucesorio es posible. Algunos de estos institutos generarán efectos patrimoniales y sucesorios de manera inmediata, mientras que otros lo harán a partir de la muerte del causante.

III.1. Planificación de la sucesión con implicancias inmediatas

III.1.a. Donaciones

Cuando formalizamos un contrato de donación, casi con seguridad esto va a tener una consecuencia directa en el sistema sucesorio. No va a ser lo mismo si la donación se la hacemos a un tercero (ajeno a la familia) teniendo legitimarios, si se la realizamos a un descendiente, si la formalizamos con reserva de usufructo, si a esa donación le incorporamos un cargo; si luego de la donación nacen otros descendientes, si luego de la donación el donante contrae matrimonio, si la donación la realiza con pacto de reversión o con un pacto de revocación.

Cualquiera de estas opciones va a tener una consecuencia diferente.

a) Donación a un tercero o a un ascendiente: Si la donación la hacemos a un tercero, el bien puede estar sujeto a reducción por parte del le-

gitimario, si esa donación viola su porción legítima (art. 2444 y 2451);

b) Donación a un descendiente o cónyuge: Diferente es la solución si la donación la realizamos a un descendiente o cónyuge, teniendo otros descendientes o cónyuge, ya que el valor de la donación puede estar sujeto a colación (art. 2386 Cód. Civ. y Com.).

c) Donación con reserva de usufructo o renta vitalicia: Si realizamos un contrato oneroso a un descendiente con reserva de usufructo, se presume que el contrato es a título gratuito y que la donación se debe imputar a la libre disposición (art. 2461, Cód. Civ. y Com.). Esto lo volvemos a tratar cuando analizamos la dispensa de colación.

d) Donación con cargo: Si a la donación le incluimos un cargo a cumplir por el donatario, podrá exigírsele el cumplimiento de este por parte del beneficiario del cargo (art. 1562, párr. 2º), pero si el donante fallece y era en su beneficio (más de tipo moral), serán los herederos o el albacea quienes deberán reclamar su cumplimiento, mientras que, si el cargo es en interés público, será el Estado provincial o nacional el competente para pedirlo.

e) Donación y nacimiento posterior de un descendiente: Si realizada la donación a un descendiente, con posterioridad nacen otros descendientes, ¿puede plantear la acción de colación el descendiente no donatario? Esto es discutido por la doctrina; mientras que para unos sí tiene derecho al reclamo, para otros no, teniendo en cuenta lo establecido en el art. 2359, Cód. Civ. y Com., que establece el principio de que la colación solo puede ser pedida por quien era heredero presuntivo a la fecha de la donación. A nuestro parecer, por motivos de estricta justicia, entendemos que debería modificarse el art. 2359 del Código, para permitirle ejercer los derechos a estos nuevos descendientes.

f) Donación y posterior matrimonio: Y si hecha la donación el donante contrae nuevas nupcias: ¿tiene derecho el cónyuge supérstite, no donante, de plantear la acción de colación contra los descendientes donatarios? Siguiendo el principio establecido en el punto anterior, si el donante contrae posterior matrimonio, el cónyuge no podrá ser sujeto pasivo ni activo de la acción de colación. Esta disposición no se ha previsto modificar en el nuevo art. 2359 proyectado.

g) Donación y pacto de reversión: Si la donación se hace con pacto de reversión, ya sea porque se sujetó el contrato a la condición de que el donatario, o su cónyuge y sus descendientes, o el donatario sin hijos, fallezcan antes que el donante. Para el supuesto de que la reversión se hubiese pactado para el caso de muerte del donatario sin hijos, la existencia de estos, al momento de la muerte del donante, extingue el derecho de reversión por parte del donante (art. 1566, Cód. Civ. y Com.).

h) Donación y cláusula de revocación: Si la donación se hace con cláusula expresa de revocación (art. 1569, Cód. Civ. y Com.) por supervivencia de hijos, también podría revocarse ella, si nacieran otros hijos al donante y de este modo vemos que esta cláusula también tiene una repercusión directa en el sistema sucesorio.

III.1.b. Partición por ascendiente

Del mismo modo, como una donación tiene efectos inmediatos en cuanto a los efectos del contrato (traspaso del dominio), los efectos pueden ser posteriores en materia sucesoria.

Si la partición es por donación, los efectos serán de manera inmediata, mientras que, si es por testamento, los efectos serán evaluados luego de la muerte del testador.

En la partición por donación, los padres u otros ascendientes hacen en vida la partición de sus bienes entre sus hijos y descendientes, mediante la donación de ellos. De este modo, al momento de la apertura de la sucesión del donante, la partición se considera ya efectuada.

Diferente es el caso de la partición por testamento, que producirá sus efectos luego de la aprobación de su aprobación y que lo veremos al tratar el testamento.

III.1.c. Cesión de derechos y acciones de una sucesión

Si la persona en vida formaliza un contrato de cesión de los derechos hereditarios que tiene en la sucesión de un tercero (ya sea que la cesión la realice respecto de la totalidad o de parte de una herencia), también tendrá sus efectos *a posteriori*. Si la cesión de esos derechos es a título oneroso no producirá efectos, porque la persona tiene derecho a darle el destino que desee a los bienes o derechos que tuviere, siempre que

lo haga de modo oneroso; pero si la cesión es a título gratuito, se entiende que es una donación de sus derechos hereditarios, y por tanto puede plantearse el derecho a que, con posterioridad, el heredero de ese cedente pueda plantear una acción de colación o de reducción (según si es descendiente, cónyuge, o si es ascendiente).

III.1.d. Fideicomiso con fines sucesorios

El fiduciante transmite al fiduciario un bien, para que transcurrido un plazo (el que nunca puede ser mayor a 30 años), o luego de la muerte, u ocurrida alguna condición, el fiduciario transmita los bienes fideicomitidos a un fideicomisario.

El fideicomiso con finalidad testamentaria se constituye por contrato y en las cláusulas del fideicomiso el fiduciante manifiesta su voluntad sucesoria, la que será cumplida por el fiduciario a la muerte de aquel, sin necesidad de iniciar diligencias de sucesión legítima o testamentaria; es decir, no requeriría la intervención del órgano jurisdiccional.

Evidentemente, esto también es una planificación sucesoria, porque el fiduciante (futuro causante) indica quiénes serán sus herederos, cuándo y cuáles serán los bienes que les transmitirán a los fideicomisarios (herederos).

El fideicomiso con fines sucesorios es un contrato *inter vivos* que producirá efectos de tipo sucesorio luego de fallecido el fiduciante, o de transcurrido un plazo, o de ocurrido un acontecimiento futuro ordenado por el fiduciante.

No podemos dejar de resaltar que no se puede justificar el empleo indiscriminado del fideicomiso con fines sucesorios, porque estamos en la delgada línea de que se lleve a cabo un pacto sobre herencia futura, prohibido por la ley, bajo el amparo de un contrato entre vivos. La primera parte del art. 1010 es muy clara al respecto (se prohíben los pactos sobre herencia futura); la segunda parte es la excepción y solo para determinados casos. Será el juez, en definitiva, quien termine decidiendo si lo que se hizo fue un pacto sobre una herencia futura o fue un contrato de fideicomiso que pudiese tener efectos sucesorios.

III.1.e. Pactos sobre herencia futura

Los pactos y el orden moral: para algunos los pactos vinculados a la muerte van en contra del

orden moral. Nosotros pensamos, tal cual lo expresamos al comienzo de este artículo, que hay que aceptar la muerte, hablar de ella y planificar para después de nuestro fallecimiento para prevenir conflictos.

La finalidad de los pactos sucesorios es conservar la unidad de la gestión empresarial y prevenir o solucionar conflictos.

Pensamos que hasta que no tengamos una regulación jurídica adecuada referida a la empresa familiar, difícilmente este instituto cobre la importancia para la que fue creado.

El problema de la empresa familiar cuando es objeto de una sucesión; ¿importa a los herederos o importa a la sociedad? Creemos que es importante su continuidad porque es trascendente para la economía de un país.

No se puede pensar solamente en la porción hereditaria que le corresponde a cada heredero sino en la continuidad de las fuentes laborales de cada uno de los que viven de la empresa y de la necesidad económica de un país; es necesario la preservación de la empresa. Es necesario evitar los conflictos y posibilitar la solidaridad entre generaciones.

El gran problema de la empresa familiar es el traspaso a la siguiente generación y muchas veces nos topamos con la muerte repentina del empresario cuando no solo no planificó la sucesión, sino que tampoco planificó el liderazgo necesario para la continuidad de su empresa.

Los pactos sobre herencia futura deberían poder ser una herramienta importantísima para esta planificación, pero la realidad nos demuestra que todavía no hay cultura para ello, como tampoco hay suficiente reglamentación que permita desarrollar con tranquilidad y seguridad la continuidad de la empresa.

III.2. Planificación de la sucesión con efectos para después de la muerte

La planificación sucesoria se puede hacer con fines de partición o con fines de indivisión; a su vez, puede hacerse con fines de mejorar a un heredero forzoso; a un heredero con discapacidad (descendiente o ascendiente); para administrar a favor de un heredero forzoso; para beneficiar a un extraño, para crear instancias de

autocomposición, para transmitir la empresa familiar y otros muchos fines.

Veamos algunos de estos institutos:

III.2.a. Testamento

El testamento está regulado en el art. 2462 del Cód. Civ. y Com., cuando expresa que “[l]as personas humanas pueden disponer libremente de sus bienes para después de su muerte, respetando las porciones legítimas establecidas en el Título 10 de este Libro, mediante testamento otorgado con las solemnidades legales; ese acto también puede incluir disposiciones extrapatrimoniales”.

El testamento es el más conocido modo de planificar la sucesión, para que los efectos se produzcan luego del fallecimiento del testador. Cualquiera sea la forma testamentaria elegida, los efectos serán los mismos; la diferencia será la forma de celebración del testamento y las formalidades que requiere cada uno de ellos.

En una investigación llevada a cabo en la primera circunscripción judicial de Mendoza en el año 2008 nos dio como resultado que solo el 4,71% de las sucesiones era testamentaria. Seguramente estos porcentajes se habrán modificado como consecuencia de la mayor libertad de testar y la incorporación de la mejora a favor del heredero con discapacidad en el nuevo Cód. Civ. y Com.

Ahora veamos la planificación mediante esta modalidad.

a) *Testamento por acto público*: El testamento por acto público está regulado en el art. 2479 y sigue siendo el testamento más elegido por las personas.

Mediante este tipo de testamento el testador podrá disponer a su voluntad el modo de distribución de los bienes, la designación de heredero y de legatario, que es en definitiva el modo de planificar la distribución de los bienes en la sucesión. Todo ello, con el límite que impone el sistema de legítimas en nuestra legislación, siempre y cuando existan legitimarios.

Así entonces, mediante el testamento se podrá instituir herederos a algunos, otorgar legados a otros, otorgar legado a quien también se lo instituye heredero, incluir cargos a favor de los

beneficiarios, establecer medios de compensación de las porciones de cada uno de los beneficiarios, designar albacea para que haga cumplir su voluntad.

El testamento por acto público es la institución legal *post mortem* referida a la planificación sucesoria más utilizada en la actualidad.

b) *Testamento ológrafo*: El testamento ológrafo está regulado en el art. 2477 del Cód. Civ. y Com. Esta forma de testamentaria es menos utilizada que el testamento por acto público, especialmente por desconocimiento de las personas, quienes creen que es menos valioso que el abierto.

Los efectos de este tipo de testamento son exactamente iguales al anterior por lo que es una herramienta muy útil y de muy bajo costo (puede decirse que sin costo, salvo que se lo pretenda inscribir en el Registro de Actos de Última Voluntad) para la planificación sucesoria y, entendemos que hay que jerarquizar su importancia.

III.2.b. Indivisión hereditaria impuesta por el testador

La indivisión hereditaria impuesta por el testador es otra manera de planificar la sucesión.

Este instituto rompe con el principio de que la partición puede solicitarse en todo tiempo, tal cual lo regula el art. 2365.

La indivisión impuesta por el testador impide que se realice la partición, aunque esta indivisión no es absoluta, ya que antes del vencimiento del plazo, el juez puede por circunstancias graves o manifiesta utilidad ordenar la división (art. 2330 última parte).

Evidentemente, lo que pretende esta norma del Cód. Civ. y Com. es que se planifique la sucesión para evitar la partición inmediata de un bien, de un establecimiento o de una sociedad.

Se encuentra regulada en el art. 2330 cuando expresa: “El testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años. Puede también disponer que se mantenga indiviso la indivisión por ese plazo o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad: a) un bien determinado; b) un establecimiento comercial, indus-

trial, agrícola, ganadero, minero o cualquier otro que constituye una unidad económica; c) las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista”.

III.2.c. Fideicomiso testamentario

Entendemos que hay fideicomiso testamentario cuando una persona (fiduciante o testador) transmite por testamento la propiedad fiduciaria de toda la herencia, una parte alícuota de ella o bienes determinados a otro (adquirente fiduciario), quien se obliga a ejercerla en beneficio de quien se designe en el testamento (beneficiario) y a transmitirlo, al cumplimiento de un plazo o condición resolutorios o llegado el plazo máximo legal, al fideicomisario.

De esa idea de fideicomiso testamentaria podemos extraer la más importante noción que, a diferencia del fideicomiso con fines sucesorios, el testamentario produce sus efectos solo a partir de la muerte del testador; es más; a partir de la inscripción del fideicomiso en el registro de la propiedad, por la orden judicial y luego de haber aprobado el testamento y verificar que no se violaran las legítimas. Como vemos, recién en ese momento es cuando se produce el traspaso dominial a nombre del fiduciario, a diferencia del fideicomiso contractual.

Asimismo, a diferencia del fideicomiso con fines sucesorios, el fiduciante debe cumplir la voluntad del causante que dejó expresada en el testamento.

En el fideicomiso testamentario, cuando el fiduciante-testador somete “un bien determinado” de su patrimonio al fideicomiso, está disponiendo *mortis causa* de ese bien en favor del fiduciario. Será como un legado particular, que creará un dominio muy especial, pues el fiduciario tendrá que cumplir lo que le imponga el testador y, además, su situación será revocada cuando llegue el plazo o la condición resolutorios. Cuando el fiduciante testador deja el dominio fiduciario de “todos sus bienes o una cuota parte de ellos”, el fiduciario será como un heredero.

El art. 1667, inc. c), expresa que el contrato debe contener “el plazo o condición a que se sujeta la propiedad fiduciaria”. En coordinación, el art. 1668, párrs. 1º y 2º, dispone: “El fideicomiso no puede durar más de treinta años desde la

celebración del contrato, excepto que el beneficiario sea una persona incapaz o con capacidad restringida, caso en el que puede durar hasta el cese de su incapacidad, o su muerte. Si se pacta un plazo superior, se reduce al tiempo máximo previsto”. Este contenido debe constar en el fideicomiso testamentario.

El fideicomiso también es una importante herramienta de planificación sucesoria porque permite al testador tomar decisiones, que luego van a influir después de su muerte, que pueden beneficiar a alguna persona o a alguno de los herederos y hasta por un plazo de 30 años y aún más si el beneficiario del fideicomiso es una persona incapaz o con capacidad restringida.

Este instituto suele ser utilizado por los ascendientes cuando tienen un hijo discapacitado, y nombran a otro de sus hijos o a un tercero, para que administre el dominio fiduciario en beneficio de este hijo discapacitado, para luego transmitir el o los bienes a los fideicomisarios.

III.2.d. Mejora a favor del heredero con discapacidad (ascendiente o descendiente)

Esta institución, creada por la comisión redactora del Cód. Civ. y Com. también es de mucha utilidad para planificar la sucesión, para el caso que se tuviese un descendiente o ascendiente con discapacidad.

Esta norma (art. 2448), permite utilizar hasta un tercio de la porción legítima para mejorar a un descendiente o ascendiente con discapacidad.

Nosotros entendemos que la mejora es un instituto impregnado de justicia y que puede ser de muchísima utilidad para planificar la sucesión de algunos herederos con discapacidad, pero, a nuestro modo de ver, debe ser reelaborado en nuestra legislación.

La mejora representaba en el Código de Vélez la posibilidad de entregar la libre disposición (la libre disposición era del 20% a favor de los descendientes), pero a favor de descendientes. O sea, era la libre disposición, pero entregada a favor de los descendientes. Esto no era mejora propiamente dicha.

La mejora en sentido estricto y tal cual está regulada en el derecho español, es la posibilidad de entregar, por parte del padre o madre, y

al margen de la libre disposición (hoy 1/3), una parte de la porción legítima (1/3 de esa legítima), como entienda más justo a favor de algún hijo o en favor de todos en distintas proporciones; pero lo que no puede hacer es disponer de ella en favor de terceros, puesto que se trata de una porción de la legítima.

La mejora respeta la legítima que tienen los hijos (o sus descendientes por representación) y permite que dentro de esa porción de legítima el padre pueda distribuir libremente entre los hijos.

El Cód. Civ. y Com. receptó este instituto, pero de un modo limitado.

Art. 2448: “Mejora a favor de heredero con discapacidad. El causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padezca de una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

El fundamento de este artículo es la protección de las personas con discapacidad.

Entendiendo que la protección de la familia y la solidaridad familiar no podía centrarse solo en las personas con discapacidad, la propuesta de reforma de este artículo (actualmente en el Congreso de la Nación), incluye también la posibilidad de entregar esta mejora a favor del cónyuge con discapacidad y también del heredero forzoso que haya renunciado a sus capacidades productivas o profesionales para dedicarse a la asistencia del causante.

Como vemos, el proyecto de reforma propone agregar dos legitimarios; “el cónyuge con discapacidad” y “el legitimario que hubiera cuidado al causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales”. Entendemos que, de hacerse lugar a la reforma, habremos dado otro paso intentando que el causante pueda planificar la sucesión y entregar una porción mayor a

favor de quien se quedó a cuidarlo; pero creemos que esto es insuficiente.

Primero pusimos a los discapacitados, luego estamos intentando incorporar a los que se quedan al cuidado de los padres; hay ponencias para incorporar también como excepción a las empresas familiares, y así seguiremos haciendo propuestas hasta que entendamos que el único que sabe de lo que es justo es el padre o la madre.

El padre seguramente dispondrá según las diferentes necesidades que tiene cada uno de los hijos, o quizá teniendo en cuenta sus merecimientos, y esto debería ser así sin más cuestionamientos. Si aceptásemos esto, dejaríamos de preocuparnos. ¿Quién define lo que es discapacidad? El testador, pero si hay oposición de otro heredero, lo define un juez; ¿quién define que “implique desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”? El causante o el juez en caso de disputa.

Ahora, en la propuesta de reforma; ¿quién define “el haberse quedado al cuidado del causante renunciando a sus capacidades productivas o profesionales”? Será en primer término el testador, o en su defecto el Tribunal. ¿Quién define qué es quedarse al cuidado?; ¿quién nos dice lo que es una renuncia a la capacidad productiva o profesional?

Si se admitiera la mejora como libertad de disponer a favor de los descendientes de un porcentaje de la legítima, esto permitiría corregir la injusticia que en muchos casos podría entrañar la absoluta igualdad en la distribución de la herencia.

El único que realmente sabe la diferencia entre los hijos es el causante y solo él conoce a sus hijos; ¿por qué motivo le damos injerencia al Estado (poder judicial) para pedirle que haga justicia, cuando realmente el único que conoce la intimidad familiar y lo que “es justo” es el padre o la madre? Algunas veces el sentido de justicia para los padres será la igualdad, pero en otros casos la justicia se puede entender como mayores necesidades de uno de los hijos con relación al otro, o por merecimiento. Quizás uno de los hijos no se comportó con los padres como ellos esperaban y el otro hijo no los tuvo en cuenta o se olvidó de ese padre o madre.

Por eso creemos que la mejora del tercio es postestad absolutamente libre del futuro causante, quien decide distribuir de un modo más equitativo la herencia entre sus hijos. De esta manera, el padre o la madre lograrán la justicia de lo que fue la injusticia de la vida para alguno de los hijos.

Creemos que este es el máximo peldaño al que se puede llegar en la planificación sucesoria.

III.2.e. Dispensa de colación

La dispensa de colación es otra manera de planificar la sucesión y está regulada en el art. 2385 Cód. Civ. y Com.

Si el causante no quiso hacer un anticipo de herencia con su donación, sino una mejora, puede dispensar al heredero de colacionar así el artículo dice que los descendientes y el cónyuge deben colacionar el valor de los bienes donados, “excepto dispensa o cláusula de mejora en el acto de la donación o en el testamento”. El término “mejora” equivale a dispensa expresa de la colación.

La dispensa no requiere términos sacramentales; solo basta que la voluntad del causante conste de manera inequívoca.

También encontramos, dentro la mejora expresa a favor de un descendiente o cónyuge que se hace dispensándolo de colacionar, un instituto que podría entenderse como una “dispensa tácita de colación” y es cuando el futuro causante, en el acto de transferencia de un bien a un descendiente o cónyuge, se lo hace con reserva de usufructo, uso o habitación o con la contraprestación de una renta vitalicia, se entiende que el valor de los bienes debe imputarse a la libre disposición (art. 2461), por lo que nosotros entendemos que es una dispensa tácita de colación y por ende, otro modo de planificar la sucesión, beneficiando a alguno de los herederos concretamente.

Es más; parte de la doctrina entiende que podría darse un pacto de reconocimiento de onerosidad a partir de la redacción de la última parte de este art. 2461, cuando dice: “Esta imputación y esta colación no pueden ser demandadas por los legitimarios que consintieron en la enajenación, sea onerosa o gratuita”. De la lectura del artículo pareciera desprenderse que, si se pacta que el acto que se está realizando entre ascendiente y descendiente es un acto a título onero-

so, quedaría fuera de la acción de colación. Esto implica pactar de algún modo, una renuncia a la acción de colación, antes de fallecido el donante.

III.2.f. Libre disposición

El art. 2445 nos habla de las porciones de legítimas, siendo la de los ascendientes de $\frac{2}{3}$ y la de los ascendientes y cónyuge de $\frac{1}{2}$. De esto se deduce que la libre disposición es de $\frac{1}{3}$ para cuando se tienen descendientes y de $\frac{1}{2}$ cuando se tiene cónyuge o ascendientes.

El uso de la libre disposición es otro modo de planificar nuestra voluntad, utilizando el $\frac{1}{3}$ o el $\frac{1}{2}$ que dispongamos para beneficiar a alguno de los demás herederos o para beneficiar a un tercero.

Lo importante es que la ley otorga este porcentaje de libre disposición para utilizarlo a su voluntad.

Tal cual lo dijimos cuando vimos la mejora a favor de un descendiente o ascendiente con discapacidad (art. 2448), creemos que el exiguo porcentaje de libre disposición que pone el sistema legal en cabeza del titular de los bienes impide expresar la libre voluntad del causante, titular de los bienes.

Hasta tanto este porcentaje no sea ampliado por una modificación legislativa o se admita la mejora libremente por parte del causante, seguirá cercenándose la voluntad del causante, más aún luego de haber derogado el instituto de la desheredación el nuevo Cód. Civ. y Com.

IV. Síntesis

Creemos que la planificación sucesoria es necesaria para organizar el patrimonio para después de la muerte y para evitar conflictos familiares.

Las herramientas que otorga el sistema legal son varias; será responsabilidad del profesional que asesora en este sentido mostrar todas las opciones para que la persona pueda elegir la que más se adapte a su interés.

También creemos que es necesaria una reforma legislativa, como la que proponemos con la mejora, para dar mayor libertad al titular de los bienes y permitir, de este modo, lograr el equilibrio patrimonial por los desequilibrios que por cualquier motivo pudiesen existir en la vida de sus hijos.

La indivisión forzosa de la herencia como modo de planificación o pacto sucesorio

Gabriel Rolleri (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Indivisión forzosa.— III. Planificación sucesoria impuesta por el testador.— IV. El pacto de indivisión.— V. Oponibilidad frente a terceros.— VI. A modo de conclusión.

I. Introducción

Planificar es hacer plan o proyecto de una acción. En el ámbito del derecho sucesorio en los últimos años ha surgido el concepto de “planificación sucesoria” que especialmente consiste en articular un conjunto de medidas o de acciones con vistas a evitar los conflictos que puedan sobrevenir a la muerte de una persona, tendiendo a proteger de esta manera el ámbito de una unidad de negocios, como lo es una explotación productiva o participaciones societarias, especialmente las familiares (1).

En un interesante análisis, Pérez Lasala reflexiona que es habitual que los seres humanos se resistan a hablar de la muerte, pero, sin embargo, todos sus actos y decisiones impactan —directa o indirectamente— en ella y, siendo inevitable la finalización de la vida, sostiene que cuando más preparado estemos menos problemas le vamos a generar a las personas que nos sucedan (2).

De esta forma, la planificación sucesoria es ese conjunto de pasos adecuados para la mejor

transmisión de nuestro patrimonio o encontrar la mejor solución para nuestras cuestiones personales o patrimoniales, o futuras posibles enfermedades, siempre teniendo en cuenta que lo que hemos de analizar para nuestra problemática concreta es cómo encargar un traje a medida que habrá de requerir de un detallado análisis (3).

En ese sentido podemos encontrar numerosas alternativas de planificación patrimonial sobre bienes, acciones y unidades económicas como la transmisión de la empresa familiar, partición por los ascendientes (art. 2411) sea por donación (art. 2415) o por testamento (art. 2421), mejora a herederos legitimarios, ya sea por dispensa de colación de las donaciones realizadas o mediante la institución de legados (art. 2385), mejora a favor de heredero con discapacidad (art. 2448), designación de administrador judicial (art. 2347) y albaceas (art. 2524), las instituciones hereditarias o de legados con fines benéficos destinadas a simples asociaciones, a los pobres y a favor del alma del testador (art. 2485), y finalmente las fundaciones creadas por el testamento del causante (art. 2279 inc. d), una novedosa incorporación al Cód. Civ. y Com. que permite que el *de cujus* destine bienes con el fin de crearlas.

(*) Juez de la Cámara Nacional en lo Civil; subdirector del Posgrado de Derecho Sucesorio (UBA); profesor regular adjunto (UBA); profesor titular ordinario (UNLZ).

(1) MEDINA, Graciela - ROLLERI, Gabriel, "Manual de derecho de las sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2017, p. 295.

(2) PÉREZ LASALA, Fernando, "El derecho sucesorio en tiempos de pandemia", dictada de manera virtual el 12/05/2020 por el Colegio de Abogados de Mendoza.

(3) MOURELLE de TAMBORENEA, María Cristina, "Planificación sucesoria patrimonial y no patrimonial: una herramienta a utilizar pensando en la herencia", LA LEY, 2018-E, 910, cita online: AR/DOC/1597/2018.

II. Indivisión forzosa

II.1. Concepto

Otra de las formas en que puede aplicarse la planificación sucesoria es a través de la indivisión forzosa de la herencia. Este instituto opera cuando, por imposición del testador, acuerdo entre coherederos u oposición de un cónyuge o heredero, se dispone no realizar la partición hereditaria por un plazo determinado, cuando esta pueda resultar desventajosa o perjudicial para los copropietarios de la masa indivisa.

La aplicación lisa y llana del principio de la división forzada, no era siempre favorable o conveniente y, en muchos casos, resultaba verdaderamente contraproducente para los herederos, pudiendo devenir en una partición antieconómica de los bienes integrantes del acervo hereditario.

Es por ello que las legislaciones modernas contenían una normativa específica en que se preveía una indivisión temporaria, prolongada en el tiempo de manera más o menos duradera.

Si bien el Cód. Civ. y Com. no define la indivisión forzosa hereditaria, el art. 2004 referido al condominio establece que “habrá indivisión forzosa, cuando el condominio sea sobre cosas afectadas como accesorios indispensables al uso común de dos o más heredades que pertenezcan a diversos propietarios, y ninguno de los condóminos podrá pedir la división”, coincidiendo de manera idéntica con lo regulado en el derogado art. 2710 del Cód. Civil.

II.2. Antecedentes. La ley 14.394

La indivisión forzosa hereditaria no estaba regulada en el primitivo Cód. Civil de Vélez. Esto originó la necesidad de que esta carencia normativa, fuera reglamentada por el ordenamiento jurídico argentino, sancionándose para ello, en 1954 la ley 14.394, “Régimen de menores y bien de familia”, denominada “ley ómnibus”, porque contenía la regulación de variados temas dispares, como el matrimonio de menores, la ausencia con presunción de fallecimiento, el divorcio y el instituto del bien de familia.

En sus arts. 51 a 56 contemplaba los distintos casos de indivisión hereditaria, que solo era oponible a terceros a partir de la inscripción en el Re-

gistro de la Propiedad (art. 54), de lo contrario, él o los bienes podían ser objeto de partición.

II.3. El Código Civil y Comercial

El Cód. Civ. y Com. derogó la ley 14.394 e incorporó la indivisión forzosa dentro de su articulado. Así lo desarrolla en el cap. 2, del tít. IV (arts. 2330 a 2334) estableciendo cuatro supuestos bien diferenciados: la indivisión impuesta por el testador, por pacto de los coherederos, por oposición del cónyuge y por oposición de un heredero.

De esta forma, la indivisión forzosa de la herencia genera una excepción a dos principios regulados en el código:

1) El primero de ellos se refiere al principio contenido en el art. 2365 que establece que la partición puede ser solicitada en todo tiempo después de aprobados el inventario y avalúo de los bienes por todos aquellos que se encuentren legitimados a solicitarla, en función de lo previsto en el art. 2364.

2) El otro surge del art. 2447 mediante el cual el testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas y, en caso de hacerlas, se tienen por no escritas.

II.4. Supuestos

II.4.a. Indivisión impuesta por el testador

El art. 2330 regula este supuesto, estableciendo que el testador puede imponer a sus herederos, aun legitimarios, la indivisión de la herencia por un plazo no mayor de diez años o, en caso de haber herederos menores de edad, hasta que todos ellos alcancen la mayoría de edad.

II.4.b. Pacto de indivisión

Los herederos pueden acordar entre ellos la indivisión hereditaria para que perdure total o parcialmente por un plazo que no exceda de diez años, sin perjuicio de la partición provisional de uso y goce de los bienes entre los copartícipes (art. 2331).

Asimismo, si hay herederos incapaces o con capacidad restringida, el convenio concluido por sus representantes legales o con la participación de las personas que los asisten requiere aprobación judicial, los cuales pueden ser renovados por igual plazo al término del anteriormente establecido.

II.4.c. Oposición del cónyuge

El art. 2332, titula “oposición del cónyuge”, al supuesto en el cual el supérstite impone la indivisión. En concordancia a lo expresado en el caso de la indivisión impuesta por el testador, se incluye un párrafo que hace extensiva la indivisión a partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad, donde es el principal socio o accionista de la sociedad, pero extendiendo ese derecho, al cónyuge que no adquirió ni constituyó el mencionado establecimiento, y que, sin embargo, participó activamente en su explotación.

De esta forma se amplía su derecho cuando el cónyuge no contribuyó ni a formarlo ni a crearlo, pero participó activamente en la explotación, y dispone también que tiene el derecho de administrar el establecimiento, lo que dará lugar a algún conflicto en el supuesto que el testador hubiere, a su vez, designado un administrador conforme lo faculta la norma, si este no es el cónyuge, abriendo el interrogante, si ante esta circunstancia prevalecerá la disposición del testador que la ley permite, o la del cónyuge que parece estar redactada de manera más imperativa (4).

A diferencia del derogado art. 53 de la ley 14.394, esta norma incorpora una importante novedad. Mantiene el plazo de diez [10] años, pero con una significativa modificación, que ella puede ser prorrogada judicialmente a pedido del cónyuge sobreviviente hasta su fallecimiento, lo que podría tornar a la indivisión de manera vitalicia, con inesperadas implicancias económicas.

Al respecto, oportunamente sostuvimos que esta disposición podría resultar perjudicial, especialmente cuando entendemos que el cónyuge contaría con un derecho de preferencia no reconocido en el plexo normativo respecto de los restantes coherederos con igual o mejor derecho hereditario (5).

(4) DI LELLA, Pedro, “De la transmisión de derechos por causa de muerte”, en RIVERA, J. C. (dir.) – MEDINA, G. (coord.), *Comentarios al Proyecto de Código Civil y Comercial de la Nación 2012*, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 1127.

(5) ROLLERI, Gabriel, “Indivisión forzosa de la herencia ¿transitoria o vitalicia? LA LEY del 20/09/2016 y RDFyP octubre 2016, p. 137; LA LEY, 2016-E, 923; AR/

II.4.d. Oposición de un heredero

La ley 14.394 no preveía esta alternativa, lo que representa una innovación en esta temática. De esta forma, el art. 2333 incorpora el derecho de cualquier heredero a oponerse a la división del establecimiento que constituye una unidad económica con las mismas consecuencias previstas en el art. 2332. Tiene su fuente en el art. 2282 del Proyecto de 1998, de la cual es una transcripción literal, así como también en el art. 841 del Código de Quebec.

III. Planificación sucesoria impuesta por el testador

Señalamos anteriormente que el art. 2330 posibilita al causante-testador a impedir la partición de la herencia, imponiendo la indivisión temporaria de los bienes que componen el acervo hereditario o, de alguno de ellos, a sus herederos, por medio de una disposición testamentaria, única forma válida de disponer de los bienes para después de la muerte.

III.1. Alternativas

La indivisión impuesta por el testador prevé la indivisión de toda la herencia y la de un bien determinado.

Según lo establecido en el art. 2277, párr. 2º, la herencia comprende todos los derechos y obligaciones del causante que no se extinguen por su fallecimiento. Puede tratarse de bienes individualizados o de la herencia completa.

Por otro lado, el inc. a) del art. 2330 se refiere a un bien determinado o como en el inc. b) a una “unidad económica”, que según Guastavino es el conjunto de bienes materiales (muebles e inmuebles) e inmateriales que armonizados en función productora de servicios o de bienes no podría continuar su función de producción o esta disminuiría considerablemente si soportase la separación de alguno de sus elementos (6).

Pero la verdadera innovación del nuevo Cód. Civ. y Com. se refiere, con gran acierto, a la in-

DOC/2831/2016. ROLLERI, Gabriel, “Indivisión forzosa y partición”, en RIVERA, J. C. (dir.) – MEDINA, G. (coord.), ob. cit., p. 1146.

(6) GUASTAVINO, Elías, “Indivisión impuesta por el cónyuge supérstite”, JA 1957-III-30.

corporación en el inc. c) referido a las partes sociales, cuotas o acciones de la sociedad de la cual es principal socio o accionista, en consonancia con lo recomendado por la mayoría de la doctrina en numerosos congresos y jornadas.

Precisamente ello se encuentra vinculado y concuerda con lo previsto en el art. 1010, en relación con lo que se ha denominado “planificación sucesoria” que podemos verla aplicada al caso.

Al respecto se ha sostenido que el derecho privado debe proteger la dinámica de los negocios jurídicos para garantizar la continuidad de la actividad productiva, aún durante el estado de indivisión hereditaria, y precisamente en este caso es sumamente importante planificar, es decir formular normas que armonicen el derecho societario al derecho sucesorio, para otorgar claridad al actual sistema, debiendo flexibilizarse las normas del derecho sucesorio y permitiendo anticipar extrajudicialmente el modo en que se efectuará la transmisión *mortis causa* de las empresas familiares, con fundamento en el principio de conservación de la empresa y la tutela del interés familiar (7).

Dicho criterio es receptado, además, por el modificado art. 28 de la ley 19.550 de Sociedades Comerciales, resguardando, para el caso de cualquier sociedad constituida con bienes sometidos a indivisión forzosa hereditaria, a los herederos menores de edad, incapaces, o con capacidad restringida, al exigir imperativamente que estos deberán revestir el carácter de socios con responsabilidad limitada, restringiendo el plazo máximo de indivisión, a diez años, que podría extenderse hasta la mayoría de edad de todos los herederos, es decir que podría llegar hasta algo más de 18 años en el caso de un heredero en gestación (8).

Sin embargo, pese a que la norma del art. 2330 autoriza a mantener la indivisión impuesta por el testador hasta que todos los herederos menores lleguen a la mayoría de edad, en cambio, no pre-

vió que la indivisión, en estos tres casos especiales, subsistiera por un mayor plazo al de diez años fijado en el testamento, si existieran herederos mayores incapaces o con capacidad restringida, lo que demuestra una discordancia entre lo dispuesto en el art. 28, LS, y el art. 2330 del Cód. Civ. y Com., situación que, como sostienen Hernández y Ugarte, podría contemplarse *de lege ferenda* (9).

Finalmente, dicha norma prevé, además, que el contrato constitutivo debe ser aprobado por el juez de la sucesión y, en caso de existir la posibilidad de colisión de intereses entre el representante legal, el curador o el sostén y la persona menor de edad, incapaz o con capacidad restringida, se debe designar un tutor *ad hoc* para la celebración del contrato y para el contralor de la administración de la sociedad si fuere ejercida por aquel.

III.2. Plazo

Esta facultad que se le concede al causante no es ilimitada. La indivisión de la herencia solo puede ser dispuesta por un plazo máximo de diez años, y cuando se establezca por uno mayor se reducirá a este. Como se ha señalado, la norma prevé como excepción que, ante la existencia de herederos menores de edad, la indivisión podrá extenderse hasta que todos ellos lleguen a la mayoría de edad, en los tres supuestos previstos en los incs. a), b) y c) del art. 2330.

Por otro lado, la regla de la indivisión forzosa no es absoluta, ya el párrafo final determina que el juez puede autorizar, antes del vencimiento del plazo (de 10 años, o hasta que alcancen la mayoría de edad los herederos menores) la división hereditaria en forma total o parcial, siempre que “concurran circunstancias graves o razones de manifiesta utilidad”, quedando a criterio del juez la apreciación de dichas circunstancias que posibilitan la división de la herencia antes del plazo determinado por el testador.

Medina se pregunta si los herederos podrían, por unanimidad, solicitar al juez del sucesorio que cese la indivisión impuesta por el causante, cuestión a la que Borda y Maffía responden afirmativamente, considerando que los principales interesados son los herederos y si todos están de acuerdo en una determinada solución no es po-

(7) XXIII Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 2011 en la provincia de Tucumán, dictamen de Comisión nro. 7 *de lege ferenda* y por unanimidad.

(8) RICHARD, Efraín H. – RICHARD, Soledad, “Sociedades comerciales y transmisión hereditaria (el conflicto entre organización empresarial-societaria y derecho sucesorio)”, LA LEY, 2005-32, 87.

(9) HERNÁNDEZ, Lidia B. – UGARTE, Luis A., “Tratado de las sucesiones”, Ed. Abeledo Perrot, 2020, 1ª ed., t. I, p. 569.

sible oponerse a ellos, afirmando que la ley autoriza al juez para decretar la división cuando existan razones de manifiesta utilidad, y si ninguno de los herederos quiere mantener el condominio, es sin duda útil ponerle término (10).

Por otra parte, un tema que se ha discutido profundamente en la doctrina es el referido a si el causante puede imponer la indivisión de los bienes gananciales que conforman la comunidad. Una parte de la doctrina se inclina por afirmar que procede prolongar de indivisión, aunque por nuestra parte, oportunamente hemos sostenido la posición negativa, teniendo en cuenta que el art. 2330 se refiere a indivisión de la herencia o de bienes hereditarios y los bienes gananciales que corresponden al supérstite con motivo de la disolución de la comunidad, no conforman esa calidad (11).

Finalmente, si bien el art. 481, referido a la indivisión poscomunitaria, dispone que “extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión poscomunitaria, se aplican las reglas de la indivisión hereditaria”, entendemos que no les son extensivas las consecuencias de la indivisión forzosa impuesta por el testador, pues de admitir esa posibilidad, importaría impedir la liquidación de esa comunidad al imponer un estado de indivisión no previsto en la normativa del nuevo Cód. Civil.

IV. El pacto de indivisión

El art. 2331 denomina como “pacto de indivisión” al convenio entre herederos para acordar la prolongación de la indivisión hereditaria.

Ahora bien, debemos preguntarnos si este tipo de “pacto” debe ser considerado un verdadero pacto sobre herencia futura. Adelantamos que la respuesta no puede ser otra que la negativa.

Los pactos sobre herencia futura, en nuestro derecho, pueden ser definidos como la conven-

ción por la cual el causante organiza su cesión con otros interesados o estos, estipulando por sí en vida del causante, transfieren o abdican derechos, o se comprometen en orden a la administración y a la resolución de futuros conflictos relacionados con una empresa (12).

La doctrina explica que están incluidos en la prohibición tres tipos de pactos: 1) los pactos dispositivos, por los cuales el futuro heredero dispone contractualmente de los derechos hereditarios que adquirirá a la muerte de su causante (art. 1010); 2) los pactos institutivos, esto es, el involucrado en un testamento hecho por dos o más personas, aun cuando sea recíproco (art. 2465, párr. 2º, que reproduce la prohibición del derogado art. 3618, Cód. Civil); y 3) los pactos renunciativos, esto es cuando la ley no autoriza la renuncia ni la aceptación de la herencia futura, sea por un contrato, sea por un acto unilateral (art. 2286).

Para poder analizar su calificación de tal, debemos recurrir a lo previsto en el art. 1010 que establece como principio general que “[l]a herencia futura no puede ser objeto de los contratos ni tampoco pueden serlo los derechos hereditarios eventuales sobre objetos particulares, excepto lo dispuesto en el párrafo siguiente u otra disposición legal expresa,” ello en consonancia con lo regulado el art. 2288 al disponer que las herencias futuras no pueden ser aceptadas ni renunciadas.

Sin embargo, el segundo párrafo de la primera de ellas prevé la posibilidad de celebrar pactos, con determinada extensión y requisitos, dirigida principalmente a facilitar la gestión y mantenimiento de la unidad de dirección de las denominadas empresas familiares (13).

Al respecto, entendemos que hay empresa familiar cuando una parte esencial de su propiedad está en manos de una o varias familias,

(12) *Ibidem*, p. 31.

(13) Art. 1010, párr. 2º: Los pactos relativos a una explotación productiva o a participaciones societarias de cualquier tipo, con miras a la conservación de la unidad de la gestión empresarial o a la prevención o solución de conflictos, pueden incluir disposiciones referidas a futuros derechos hereditarios y establecer compensaciones en favor de otros legitimarios. Estos pactos son válidos, sean o no parte el futuro causante y su cónyuge, si no afectan la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

(10) MEDINA, Graciela, "Proceso sucesorio", Ed. Rubinzal-Culzoni, 2011, 3ª ed., t. II, p. 223; BORDA, Guillermo, "Tratado de derecho civil. Sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, nro. 552, 4ª ed., p. 422; MAFFÍA, Jorge O., "Tratado de las sucesiones", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2010, 2ª ed. actualizada, t. I, p. 513.

(11) MEDINA, Graciela – ROLLERI, Gabriel, ob. cit., p. 296.

cuyos miembros intervienen de forma decisiva en la administración y dirección del negocio. Existe por lo tanto una estrecha relación entre propiedad y gestión o, dicho de otro modo, entre la vida de la empresa y la vida de la familia (14).

De esta forma se prevén pactos futuros celebrados entre el causante y los herederos forzosos, entre el causante y el cónyuge, entre el causante, los herederos forzosos y el cónyuge y solo entre los herederos forzosos (con o sin el cónyuge), siendo aquellos válidos, siempre que no afectaren la legítima hereditaria, los derechos del cónyuge, ni los derechos de terceros.

Es por ello que, en función a lo hasta aquí explicado, entendemos que la *ratio legis* de la mencionada norma no fue prevista para un acuerdo *post mortem* entre los herederos con el único objeto de prolongar el estado de indivisión de la comunidad hereditaria, sino para la prevención o solución de conflictos futuros pero en vida del causante, ya que en caso de producirse diferencias entre ellos luego de la apertura de la sucesión, cuentan con un variado conjunto de institutos y alternativas para su resolución.

IV.1. Unanimidad

Si bien el art. 2331 no puntualiza que la decisión de sostener la indivisión corresponda a todos los herederos, consideramos que esta determinación debe ser unánime, debido a la importancia que reviste, toda vez que constituye un acto de disposición de bienes y en función a lo que se desprende del art. 2325, dichos actos requieren el consentimiento de todos los herederos. Además, en función a lo previsto en el art. 2364, si basta la voluntad de uno solo de los herederos para que la partición se lleve a cabo, con mayor razón se requiere el consentimiento de la totalidad para pactar la continuación del estado de indivisión.

IV.2. Heredero incapaz

Cuando una persona incapaz o con capacidad restringida revista el carácter de heredero, debido a la entidad del acto, es preciso adoptar ciertos recaudos que permitan asegurar que las decisiones que se tomen sobre sus bienes no sean dañosas o desventajosas para él.

En vista de estas circunstancias, en primer término, el convenio debe ser acordado por su representante legal o participación de las personas que lo asiste y exige imperativamente para su validez la aprobación judicial, y aunque no lo establezca en su redacción, también deberá contar con la previa intervención del Defensor de menores e incapaces, en resguardo de sus intereses. Dicha exigencia es coherente con lo establecido en el art. 2371, inc. a), toda vez que, si se exige que la partición sea judicial en caso de la existencia de herederos incapaces o capacidad restringida, corresponde la misma exigencia para pactar la no partición, es decir la prolongación de la indivisión.

Por otro lado, es importante destacar que el artículo no impone que el convenio sea judicial, sino que sea aprobado por el juez, es decir, que podrá ser concluido extrajudicialmente y de manera privada, con intervención de sus representantes, pero indefectiblemente deberá ser presentado al juez de la sucesión para su aprobación.

Respecto de la forma, si bien el Código no la ha establecido para el acuerdo de indivisión, en el régimen anterior, Borda entendía que debían formalizarse por escritura pública en función a lo establecido en el derogado art. 1184, inc. 2º, puesto que estos convenios de indivisión se vinculaban estrechamente con la partición, y que era también aplicable la validez de la partición hecha por instrumento privado, siempre que se acompañe al juicio sucesorio requiriendo la homologación judicial. Sin embargo, el nuevo art. 1017 referido a la forma de los contratos que deben realizarse por escritura pública, no lo prevé expresamente, por lo cual entendemos que puede materializarse por instrumento privado, con la salvedad señalada ante la existencia de un heredero incapaz.

IV.3. Prolongación del término

Coincidentemente con la posibilidad de pactar la indivisión y con los mismos requisitos y exigencias, el artículo prevé su renovación por un plazo igual (diez [10] años) al establecido.

Así, los herederos de común acuerdo tienen la posibilidad de mantener el estado de indivisión renovando sucesivamente el plazo establecido de diez años, siempre dejando en claro que los plazos de renovación no pueden superar este lapso.

(14) MEDINA, Graciela, "Empresa familiar", LA LEY, 2010-E, 925.

La posibilidad de prolongar la indivisión tiene su razón de ser en el hecho de que ella no les es impuesta por un tercero, como es el caso de la indivisión establecida por el causante, sino que es producto de sus voluntades de no partir la herencia o algún bien que la compone, según el caso.

IV.4. Partición anticipada

El último párrafo del art. 2331, contiene la posibilidad de que cualquier heredero pueda pedir la división antes del vencimiento del plazo acordado, siempre que mediaren causas justificadas.

Consideramos que no deben ser causas realmente graves como sí lo exige el art. 2330, sino simplemente que sean debidamente justificadas y sobrevinientes al convenio, amén de que ellas deban ser valoradas por el juez del proceso, quien, en definitiva, decidirá al respecto.

V. Oponibilidad frente a terceros

El art. 2334 del Cód. Civ. y Com. dispone la exigencia de la registración para ser oponible a terceros en los cuatro supuestos previstos entre los arts. 2330 a 2333. De esta forma, si la indivisión recae sobre inmuebles deberá inscribirse en el registro de la propiedad de la jurisdicción que corresponda, si se refiere a un establecimiento comercial o fondo de comercio, en el registro de comercio respectivo y si se trata de partes sociales, cuotas o acciones de una sociedad en la inspección general de justicia, y en el supuesto de una sociedad anónima en el registro de acciones correspondiente. Así, la indivisión no podrá ser opuesta al acreedor si no accedió al respectivo registro, con lo que este podrá instar la partición y aun, como el Código permite la subasta de acciones y derechos hereditarios, el acreedor podrá subastar tales derechos del coheredero que es su deudor y el adquirente no estará obligado por el pacto (15).

Por otro lado, la norma determina dos supuestos bien diferenciados, distinguiendo los acreedores personales de los herederos de los acreedores hereditarios o acreedores del *de jure*.

V.1. Acreedores personales de los coherederos

El art. 2334 sustrae temporalmente de la prenda común de los acreedores de los coherederos, a los bienes que permanezcan en estado de in-

división en los supuestos previstos y desarrollados en los arts. 2330 a 2333, aun cuando ellos hubieran sido adjudicados *ut singuli* y hubiera finalizado la comunidad hereditaria.

Puede ocurrir que los bienes sujetos a indivisión se adjudiquen e inscriban a nombre de los herederos, en condominio. En este caso si no se realizan las pertinentes anotaciones que demuestren que el condominio responde a la indivisión dispuesta en los supuestos contenidos en el presente capítulo, en nada se afecta el derecho de los acreedores particulares de los condóminos, que pueden embargar y ejecutar su cuota de condominio (16).

V.2. Acreedores hereditarios

A diferencia de los acreedores personales de los coherederos, el segundo párrafo prevé que la indivisión no constituye un obstáculo para percibir sus créditos sobre los bienes de la sucesión.

Di Lella señala que se estipula expresamente que el acreedor no puede ejecutar un bien indiviso ni una porción ideal de él, lo que es lógico porque el heredero está llamado a la universalidad de la herencia y no a una porción de cada uno de los bienes, pero se toma decidido partido por permitir al acreedor agredir la porción sobre la totalidad de la indivisión que le corresponde al heredero, zanjándose así la cuestión referida a la subasta de la porción indivisa sin necesidad de impulsar la partición como lo exige en general la jurisprudencia mayoritaria vigente hasta hoy (17).

VI. A modo de conclusión

Al respecto, consideramos que la indivisión temporaria impuesta por el testador puede incluirse como una de las variantes de la planificación sucesoria en miras a la prevención o solución de conflictos futuros, especialmente en lo relacionado con la continuidad de la empresa familiar, no así el pacto entre coherederos que, como se ha señalado *ut supra*, no debe ser considerado como un pacto sobre herencia futura regulado en el art. 1010 del Cód. Civ. y Com.

(16) ZANNONI, Eduardo, "Tratado de derecho de las sucesiones", Ed. Astrea, Buenos Aires, 1997, 4ª ed., nro. 616, p. 640.

(15) DI LELLA, Pedro, ob. cit., p. 1127.

(17) DI LELLA, Pedro, ob. cit., p. 1127.

SEGUROS

La pervivencia invariable de una ley de 1967 en el siglo XXI

Julían Cruz Borrelli (*)

Nicolás Vázquez (**)

Sumario: I. Preludio.— II. El artículo 11 de la Ley de Seguros.— III. El artículo 12 de la Ley de Seguros como ejemplo del conflicto con las normas aplicables a las relaciones de consumo.— IV. El artículo 14 y otro desencuentro con la normativa de consumidor.— V. Artículo 58: sobre la prescripción en el contrato de seguro.— VI. Pensamientos finales.

“Dentro de nosotros se aferra lo viejo con todos sus privilegios de hábito, autoridad y ser concluso”.
José ORTEGA Y GASSET, “Verdad y perspectiva”, *El Espectador*, 1916.

I. Preludio

Podría resumirse de manera general que las leyes que rigen al seguro son: la ley 17.418, que regula el contrato de seguro sancionada en 1967 (en adelante, LS), la ley 20.091 de Entidades Aseguradoras sancionada en 1973 y la ley 22.400 que rige la actividad de los productores asesores de seguros y fuera sancionada en 1981. No podemos obviar, asimismo, mencionar la ley 12.988 de 1947, que pervive con la prohibición de asegurar riesgos argentinos en el extranjero y que instaura el principio de reserva de mercado.

Centrándonos especialmente en las dos primeras normas, podría ser justo afirmar que fueron emitidas para un mundo que, si bien da cimientos al actual, no es en el que vivimos hoy en día. Entre los innumerables cambios sociales acaecidos desde la sanción de la LS, se destacan primariamente las tecnologías de la informa-

ción y la comunicación que han precipitado en este segundo milenio, una vida y organización social para la humanidad dinamizada por la informatización de procesos y tareas, así como la interacción digital que propugna la inmediatez de la información, sortea distancias y conecta a las geografías de una forma que, bajo ningún punto de vista, pudieron tener en miras los legisladores en 1967, 1973 y, ni siquiera, en 1981.

En ese entonces, v.gr., la venta y contratación de un seguro era un acto por esencia entre presentes, pudiéndose solo con cierta osadía ambientar en todo caso una interacción telefónica. Hoy, el avance de la comercialización por canales digitales, desde un sitio web o desde el mismísimo dispositivo móvil, parece ser una tendencia global irreversible (1). Y, sin embargo, este plexo normativo troncal del derecho del seguro casi no ha recibido modificaciones desde su emisión.

(*) Abogado especialista en Derecho de Seguros y Bancario, con experiencia como asesor externo y desde la perspectiva *in house*; graduado de la Universidad Católica Argentina en el año 2008 (*cum laude*); magíster de la Université Catholique de Lyon, Francia, en el año 2013; *associate general counsel* en HSBC Argentina.

(**) Abogado, graduado de la Universidad Católica Argentina en el año 2018 (*cum laude*); abogado en HSBC Argentina.

(1) McKinsey & Company, “2020 Global Insurance Pools statistics and trends: Distribution”, disponible en <https://www.mckinsey.com/~media/mckinsey/industries/financial%20services/our%20insights/global%20insurance%20pools%20statistics%20and%20trends%20an%20overview%20of%20life%20p%20and%20c%20and%20health%20insurance/global-insurance-pools-statistics-and-trends-distribution.pdf>.

Al servicio de las reflexiones que proponemos esbozar, tomaremos el claro ejemplo de la LS que desde su emisión ha tenido una sola modificación directa en su letra con la ley 27.444, en el año 2018, que introduce únicamente una modificación en su art. 11 para contemplar la posibilidad del perfeccionamiento del contrato de seguro por medios digitales; una enmienda cuyo valor agregado no está del todo claro.

¿Cómo puede haber ocurrido esto?, ¿cómo puede una actividad tan relevante subsistir en buenas condiciones con leyes que no se actualizan? Intentaremos esbozar algunas conjeturas.

La primera observación que nos permitiremos hacer es que las normas bajo estudio han probado ser de una calidad técnica y legislativa que les ha permitido añejarse con una dignidad encomiable. Volviendo a la LS, no puede soslayarse que en la conformación de la norma participaron destacadísimos juristas, y se basa en proyectos de Halperín y Morandi, un nivel doctrinario que no necesita presentación.

La segunda razón que encontramos es la enorme labor de la Superintendencia de Seguros de la Nación. Dicho regulador, mediante regulación y con los límites que le impone la ley formal, ha trabajado para mantener vigente el ordenamiento en materia de seguros.

Pero es una realidad que, por más calidad legislativa que tengan estas leyes y aunque el regulador agote sus esfuerzos por mantener vigente el régimen, hay cuestiones en la ley que podrían no haber logrado envejecer bien.

Es en este sentido que, sin la menor intención de ser exhaustivos y simplemente tomando ejemplos concretos que propugnen las discusiones que pretendemos plantear, hacemos un juicio crítico de algunos artículos de la ley 17.418 y su perspectiva e interpretación durante el paso del tiempo y los cambios de paradigmas sociales, políticos y culturales.

II. El artículo 11 de la Ley de Seguros

Comenzamos por profundizar en este artículo, cuya modificación en 2018 ya mencionamos. En su letra original, el primer párrafo del mentado artículo rezaba que “[e]l contrato de segu-

ro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito”.

El propósito de dicho párrafo era reglar sobre los medios de prueba del contrato de seguro y siguiendo esta intencionalidad, la ley exigía la escritura como requisito de forma, pero aclarando que, si existía “principio de prueba por escrito”, entonces se aceptarían todos los medios de prueba.

Esto último era un diálogo con el segundo párrafo del art. 1092 del entonces vigente Cód. Civil argentino, que definía el principio de prueba por escrito como: “cualquier documento público o privado que emane del adversario, de su causante o de parte interesada en el asunto, o que tendría interés si viviera y que haga verosímil el hecho litigioso”. Dicho concepto en esencia se mantuvo en el segundo párrafo del art. 1020 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (2) (en adelante, el “Cód. Civ. y Com.”) ahora como “principio de prueba instrumental”. Esto quería decir que, por ejemplo, la solicitud de seguro en papel que suscribiera el asegurado, —que en tiempos de la LS era indudablemente un elemento de uso generalizado en la contratación de seguros —ya disparaba que se aceptara cualquier medio de prueba.

Ahora bien, el DNU 27/2018 de “desburocratización y simplificación” propició la enmienda de dicho artículo acorde con sus considerandos: “a los fines de contribuir a la digitalización de la industria de seguros” y “para la agilización y simplificación de los medios a través de los cuales la población probará la existencia de una cobertura de seguro”.

Cabe recordar que dicho decreto, el cual constituyó una suerte de norma omnibus, luego ratificado en la mayor parte de sus términos por las leyes 27.444, 27.445 y 27.446, había introducido otros intentos —más loables— de propugnar la digitalización tales como los cambios introducidos a la ley 25.065 de tarjeta de crédito y al dec. ley 5965 de letra de cambio.

(2) “Se considera principio de prueba instrumental cualquier instrumento que emane de la otra parte, de su causante o de parte interesada en el asunto, que haga verosímil la existencia del contrato”.

La mencionada modificación a la LS, definitivamente materializada por la ley 27.444 que en la materia ratifica sin cambios el dec. 27/2018, incorpora al citado párrafo, la aposición que resaltamos: “el contrato de seguro solo puede probarse por escrito; sin embargo, todos los demás medios de prueba, *inclusive cualquier medio digital*, serán admitidos, si hay principio de prueba por escrito” (el resaltado es nuestro).

Podemos preguntarnos si era este uno de los aspectos de la ley que envejecieron mal y si ameritaba esta reforma.

Al respecto, comenzamos por puntualizar que es argumentable que el principio de prueba instrumental/de prueba por escrito contenido en el Cód. Civ. y Com., en juego con la letra original de la LS, ya daban suficiente sustento a una prueba digital del contrato de seguros.

Pero además creemos importante destacar que la ley 25.506, en su art. 6º, ya contemplaba el concepto de documento digital, entendiendo por tal a “la representación digital de actos o hechos, con independencia del soporte utilizado para su fijación, almacenamiento o archivo” y estableciendo explícitamente que un documento digital también satisface el requerimiento de escritura.

Para mayor abundamiento y en el mismo sentido, el art. 1106 del Cód. Civ. y Com., ya vigente para el año 2018 cuando se realizó la modificación a la LS, disponía respecto del contrato de consumo que “siempre que en este Código o en leyes especiales se exija que el contrato conste por escrito, este requisito se debe entender satisfecho si el contrato con el consumidor o usuario contiene un soporte electrónico u otra tecnología similar”.

Por su parte, y de manera general, el art. 288 del Cód. Civ. y Com. definía la categoría de instrumentos particulares no firmados, la cual comprende “todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

En síntesis, es dable destacar que la redacción del art. 11 de la LS tenía tal claridad y sutileza que permitió y permitiría que, aun manteniéndose inalterada su redacción, pueda ser inter-

pretada y amalgamada con las demás normas del ordenamiento jurídico vigente sin problema alguno, resultando así esta única modificación tal vez superflua y, por lo expuesto, no estamos seguros de que realmente haya contribuido demasiado en su aplicación cotidiana.

III. El artículo 12 de la Ley de Seguros como ejemplo del conflicto con las normas aplicables a las relaciones de consumo

Entre los tiempos de la sanción de la LS y la actualidad, tercia un giro copernicano en el paradigma del régimen legal. Es que, pasamos de un régimen especial que tenía como objetivo regular los actos de comercio a un régimen especial que procura legislar todas las aristas posibles de las relaciones de consumo.

Tan es así, que originariamente —y todavía se mantiene— el art. 163 de LS predicaba su incorporación al Cód. Com.; no obstante, con la sanción de la ley 26.994, el Cód. Com. dejó de existir y el régimen para la relación de consumo—en avance desde la emisión de la respectiva ley 24.240 de Defensa del Consumidor (en adelante, LDC) en el año 1993— se consolidó definitivamente con su incorporación al Cód. Civ. y Com.

Estas circunstancias han suscitado turbulencias en el régimen del seguro, y se puede tomar como buen ejemplo de ello el art. 12, el cual reza:

“Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considerará aprobada por el tomador si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza.

”Esta aceptación se presume solo cuando el asegurador advierte al tomador sobre este derecho por cláusula inserta en forma destacada en el anverso de la póliza.

”La impugnación no afecta la eficacia del contrato en lo restante, sin perjuicio del derecho del tomador de rescindir el contrato a ese momento”.

Debe destacarse que el requisito del segundo párrafo es una variación respecto del proyecto original de Halperín, el cual exigía que el asegurador acompañe la póliza con una nota, advirtiendo detalladamente al asegurado acerca de esas diferencias, precepto que hubiese tenido

mayor adaptabilidad a los tiempos modernos por cuanto menos se proporcionaría información más detallada al consumidor.

Sin embargo, dicha redacción viró hacia la actual para la sanción de la LS y hoy el requisito se cumplimenta con una leyenda obligatoria en el frente de póliza exigida por el punto 25.1.1.1, inc. m), del Reglamento General de la Actividad Aseguradora (res. SSN 38.708) (3).

Pareciera que esta norma tenía por espíritu otorgar cierta seguridad y celeridad a las nuevas coberturas, pero dicho espíritu hoy se ve eclipsado por hallarse ella inmersa en el ojo del huracán de la disputa entre la aplicación de la LS y la LDC, en tanto puede entenderse en conflicto con algunos de sus preceptos y aun para relaciones no de consumo por la normativa de contratos de adhesión, a la que el seguro pertenece de manera general (4).

En este sentido podemos mencionar ejemplos de potenciales conflictos:

i) que la póliza incorpore coberturas no contratadas por el cliente, implicando un costo adicional, lo cual podría entenderse en conflicto con el art. 35 de la LDC que prohíbe agregar un servicio con costo que no haya sido requerido previamente por el consumidor, máxime cuando el artículo expresamente prohíbe que se obligue al consumidor a manifestarse por la negativa para que dicho cargo no se efective, lo que es bastante parecido a lo que implica este articulado;

ii) un supuesto en cual la póliza no refleje las precisiones formuladas en la publicidad o en anuncios, prospectos, circulares u otros medios

(3) “25.1.1.1. Las condiciones particulares deben ser confeccionadas con membrete de la aseguradora, conteniendo, como mínimo, los siguientes datos: (...) m. Insertar en forma destacada: ‘Cuando el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta, la diferencia se considera aprobada por el asegurado si no reclama dentro de un mes de haber recibido la póliza’ (art. 12 de la LS)”

(4) El punto 23.5. de la res. 38.708 establece un régimen para grandes riesgos que pudiera ser el ámbito para una negociación paritaria y no de adhesión cuanto menos parcial del contrato del seguro, constituyendo en cuyo caso quizás una excepcionalísima excepción a lo aquí señalado.

de difusión, las cuales se tienen por incluidos en el contrato con el consumidor y obligan al oferente en los términos del art. 8º de la LDC y el art. 1103 del Cód. Civ. y Com.; y

iii) podría plantearse un conflicto con el deber de información en la medida que el consumidor haya tomado conocimiento erróneo del alcance o limitaciones de su cobertura respecto de la póliza finalmente emitida, en los términos de los arts. 4º de la LDC y 1100 del Cód. Civ. y Com.

Finalmente, no podemos dejar de señalar que el art. 988, inc. c), del Cód. Civ. y Com. —aplicable no solo a las relaciones de consumo sino a todo contrato de adhesión— considera cláusulas abusivas, y por tanto las tiene por no escritas, las llamadas “cláusulas sorpresivas”, es decir, aquellas que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles.

De esta forma, cuando siguiendo la letra del art. 12 de la LS, el texto de la póliza difiera del contenido de la propuesta y se tenga por convalidada la diferencia por inacción del tomador pasados 30 días, será necesario precisar si las modificaciones realizadas respecto de la solicitud del tomador pueden considerarse o no sorpresivas para aquel.

En suma, podríamos preguntarnos si acaso este tipo de normas que planteamos sigue estando ajustada a las particularidades de la realidad que ordena sufrido el cambio de paradigma que ya señalamos y a los valores del ordenamiento al que pertenece, ello desde la perspectiva de filosofía de derecho.

Pero lo cierto es que, a los fines del derecho positivo y aplicable, es menesteroso atenerse a la solución legal que otorgue el ordenamiento jurídico porque de otro modo, caer en voluntarismo por lo que debería ser propuesta *de lege ferenda*, y confundirlo con *de lege lata* es ejercicio peligroso y mucho más dañino para el ordenamiento jurídico como un todo orgánico que disonancias menores y solucionables mediante el diálogo de fuentes.

Comentaba Ulpiano al respecto, en el *Digesto*: “quod quidam perquam durum est, sed ita lex

scripta est" (5); la ley es lo que es y los principios interpretativos y de equidad han de aplicarse con prudencia para no afectar un bien superior como es la consistencia del orden jurídico como un todo.

En función de lo expuesto, adelantamos que no podemos coincidir y disentimos respetuosamente de posiciones extremistas que plantean la derogación o reemplazo de la LS en todo lo que se contraste con la LDC.

Creemos, en primer lugar, que esto surge preclaro de la voluntad del legislador, quien tuvo oportunidad de modificar la ley para igualarlo al régimen de consumidor con motivo de la ley 26.994, que modificó varias leyes y trabajó la regulación de la relación de consumo. Sin embargo, en los fundamentos del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. queda claro que se ha elegido respetar los microsistemas normativos autosuficientes y se menciona en específico la no modificación de la LS (6). En efecto, al contrario que darla por derogada, se propone un diálogo de fuentes.

En segundo lugar, creemos que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha resuelto de forma definitiva la interacción entre la LS y la LDC mediante la doctrina (a nuestro juicio acer-

(5) "Esto en verdad es excesivamente duro pero esta es la ley escrita"; *Dig.* 40, 9, 12, 1, el adagio ha pasado a nuestros días en la simplificación "dura lex sed lex", en dicho pasaje se glosaba una norma particularmente menos excesivamente dura, que ilógica e irrazonable, a ojos del glosador y del sentido común, que prohibía a la mujer separada manumitir o enajenar "a un esclavo que no estuviera empleado a su servicio personal, o en sus tierras, o en la provincia".

(6) Anteproyecto de Cód. Civ. y Com. - Fundamentos 2012 - II. método - p. 10 - "El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la ley de defensa de consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también sugeridos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras" (el resaltado es nuestro).

tadísima) de los fallos "Buffoni" (7), "Martínez Costa" (8), "Flores" (9) y "Díaz" (10). Dicha doctrina reza que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad del régimen de los contratos de seguro. A esto debe sumarse el reiterado criterio, también de nuestro máximo tribunal, sobre la necesidad de que exista una "verdadera incompatibilidad" entre la ley general posterior y la ley especial anterior para tener por configurada la derogación tácita de la segunda, lo cual, claramente no existe en el caso (11).

¿Puede entonces prosperar la posición extremista contraria y suponer que el régimen de consumidor es ajeno al contrato de seguro? Tenemos para nosotros que esta tampoco puede ser la respuesta.

La máxima Ramsey propuesta para resolver posiciones antagónicas establece que "es una máxima heurística que la verdad no reside en uno de los dos puntos de vista en disputa, sino en alguna tercera posibilidad en la que aún no se ha pensado, y que solo descubrimos al rechazar algo asumido como obvio por los dos contendientes" (12).

Siguiendo esta lógica, creemos que ambas posiciones extremas parten de una base común errada y es que suponen un solapamiento forzoso de ambas normas y la imposibilidad de convivencia.

Por el contrario, creemos que un acercamiento ecléctico a la solución dirime la cuestión. Al ser el régimen de consumidor un régimen general y el de seguros uno especial, la normativa de

(7) Fallos 337:329.

(8) Causa CSJ 1319/2008 (44-M)/CS1, "Martínez de Costa, María Ester c. Vallejos, Hugo M. y otros s/ daños y perjuicios acc. trán. c/ les. o muerte", fallada el 09/12/2009.

(9) Fallos 340:765.

(10) Fallos 341:648.

(11) Fallos 214:189, 221:102, 226:270, 260:62, 305:353, 315:1274, 318: 567, 319:2594 y 330:304.

(12) WEBBER COOK, John, "Wittgenstein, Empiricism, and Language", Oxford University Press, 1999, 1ª ed., p. 47, la traducción es propia.

consumidor debería complementar a la de seguros en aquellos puntos que la norma de seguros no cubre, pero como todo régimen especial, en aquellos puntos que se enfrenten, habrá de prevalecer el régimen especial de seguros.

Es esta una solución concordante con el art. 2º del Cód. Civ. y Com. que exhorta a interpretar la normativa de modo coherente con todo el ordenamiento, y es en el fondo la ya mencionada noción de diálogo de fuentes que pregonan los fundamentos del anteproyecto de Cód. Civ. y Com.

Creemos que estas conclusiones no deben verse desnaturalizadas por aplicación forzada de los principios de los arts. 3º de la LDC y 1094 del Cód. Civ. y Com. —dichas normas establecen que, “en caso de duda,” entre distintas interpretaciones, ha de prevalecer la más favorable al consumidor. Es un principio del que creemos se ha abusado pero que debe ser aplicado con prudencia jurídica.

Dice la tradición que madame Roland, protagonista de la Revolución francesa, al subir a la guillotina, vociferó “¡Oh, libertad! ¡Cuántos crímenes se cometen en tu nombre!”

Salvando las distancias similar concepto juzgamos aplicable al principio *in dubio pro consumidor* y al derecho de consumidor en general: se trata de un ejemplo más de una intención loable pervertida hacia un abuso indiscriminado.

Los arts. 3º de la LDC y 1094 del Cód. Civ. y Com. deben aplicarse ante auténtica “duda”, entendiendo por tal a la suspensión del juicio y la imposibilidad de solución por la incertidumbre invencible sobre cuál resulta la solución jurídica aplicable. Respecto de la interacción entre la LDC y la LS, no hay una auténtica “duda jurídica” por aplicación de los principios y valores jurídicos en juego (conf. art. 2º, Cód. Civ. y Com.), y aun si la hubiera, el Tribunal Supremo de la Nación la ha resuelto definitivamente.

En suma, es en aplicación de esta tesis que concluimos afirmando la plena vigencia del art. 12 de la LS pero la necesidad de que se lo complementa con algunos preceptos del régimen del consumidor y de los contratos de adhesión.

De esta forma, entendemos que el art. 12 de la LS debe ser aplicado en su literalidad a los casos de diferencias inadvertidas e involuntarias por la propia aseguradora o ante diferencias insustanciales, pero en cambio en aquellos casos en que el asegurador advierta alguna diferencia significativa y esencial entre la cobertura solicitada y los términos de la póliza que emitirá creemos deberá complementarse el precepto de la LS con el deber de información del art. 4º de la LDC y art. 1100 del Cód. Civ. y Com., informando en forma destacada al asegurado las diferencias en la póliza.

Como comentario final, creemos importante destacar que respecto al control del contenido de la póliza finalmente emitida, la ley 22.400 impone a los productores asesores de seguros una obligación fundamental en el art. 10, inc. d), al incluir entre sus deberes: “ilustrar al asegurado o interesado en forma detallada y exacta sobre las cláusulas del contrato, su interpretación y extensión y *verificar que la póliza contenga las estipulaciones y condiciones bajo las cuales el asegurado ha decidido cubrir el riesgo*.” Lo cual, abona la teoría de los fundamentos del anteproyecto del Cód. Civ. y Com. relativo a que el régimen de seguros es un microsistema normativo autosuficiente que no requiere modificación y que debe ser interpretado en conjunto con la LDC y el Cód. Civ. y Com. sin alterar su sentido y respetando su espíritu.

IV. El artículo 14 y otro desencuentro con la normativa de consumidor

Sin necesidad de profundizar más en lo explicado en el acápite anterior, encontramos otro ejemplo análogo y muy claro en el art. 14 de la LS, el cual expresa: “El asegurado tiene derecho, *mediante el pago de los gastos correspondientes*, a que se le entregue copia de las declaraciones que formuló para la celebración del contrato y copia no negociable de la póliza”.

Dicho precepto podría entenderse que colisiona con el principio de gratuidad de la información en los arts. 4º de la LDC y 1100 del Cód. Civ. y Com. Empero, señalamos que, en nuestra experiencia, en las aprobaciones de los nuevos planes de seguro de las compañías de seguros ante la Superintendencia de Seguros de la Nación, hemos observado que el regulador suele

exigir —como requisito de aprobación— que la cláusula de duplicación de la póliza aclare su gratuidad.

V. Artículo 58: sobre la prescripción en el contrato de seguro

La LS, en su art. 58, consagra el principio general del plazo anual de prescripción, de manera que, cualquier acción fundada en un contrato de seguro debe iniciarse dentro del plazo un año, salvo en los seguros de vida donde el plazo podría ampliarse a tres años si el beneficiario no conociera la existencia del beneficio.

No obstante, se conocen opiniones, tanto doctrinarias como jurisprudenciales que, a diferencia de lo que dice la LS, sostienen que, en materia de prescripción de las acciones derivadas de los contratos de seguros, deberían aplicarse las reglas de prescripción contempladas en el Cód. Civ. y Com. y en la LDC.

Ahora bien, previo al análisis del tema legislativo, cabe recordar que, como bien enseña el maestro Stiglitz, “[d]esde un punto de vista vinculado al fundamento de la prescripción liberatoria, cabe señalar que las razones tradicionalmente expuestas para justificar el instituto, son el de la seguridad de las relaciones jurídicas, el interés en liquidar situaciones inestables, impedir que determinadas situaciones de hecho puedan ser revisadas después de transcurrido cierto tiempo, la certeza de los derechos y la seguridad jurídica que se vería comprometida si el titular del derecho podría hacerlo valer cuando ya se han borrado de la memoria de los interesados las circunstancias del acto, y cuando es probable la destrucción de los documentos comprobatorios de la extinción del derecho, o incluso ya ha fallecido el deudor y sus herederos desconocen todo lo relativo a la obligación” (13).

En ese contexto, bien se advierte que la exigüidad del plazo de un año fijado en el art. 58 de la LS no coincide con los motivos expresados por esta prestigiosa doctrina. Es que, difícilmente durante el transcurso de un año se pueda ver

afectada la seguridad jurídica de las relaciones jurídicas, o se pierda el interés de liquidarlo, o se desdibuje la certeza de los derechos y obligaciones de las partes.

Ese plazo tampoco tiene razón de ser en el derecho comparado, pues, en general, y salvo en Brasil (14) donde la prescripción también es de un año, este plazo suele ser más amplio en el derecho comparado.

A modo ejemplificativo, señalamos que existen diferentes tipos de prescripción en materia asegurativa a lo largo y ancho de todo el mundo, como pueden ser dos años en Italia, Francia, Suiza, México, Suiza y España (aunque este tiene una prescripción de cinco años para los seguros de vida y salud); o tres años en Austria; Bélgica, Alemania, Japón, Luxemburgo, Polonia y China (aunque también prevé un plazo más largo de cinco años para los seguros de vida); o seis años en Nueva Zelanda, Irlanda, y Hong Kong (15).

Mención especial refiere a los casos de Australia y el Reino Unido, pues, en aquellos países, debido a su idiosincrasia y forma de ver el derecho (*common law*), no existe un plazo de prescripción legal específico para presentar una reclamación en virtud de un contrato de seguro, salvo que así se lo prevea la póliza. No obstante, sí se les podría aplicar los plazos de prescripción generales de incumplimientos contractuales, que en ambos países es de seis años.

De allí que, nuevamente, desde un punto de vista *de lege ferenda*, creemos que a los ojos del

(14) Cód. Civil brasileño, art. 206: “Prescreve: § 1º Em um ano: [...] II - a pretensão do segurado contra o segurador, ou a deste contra aquele, contado o prazo: a) para o segurado, no caso de seguro de responsabilidade civil, da data em que é citado para responder à ação de indenização proposta pelo terceiro prejudicado, ou da data que a este indeniza, com a anuidade do segurador; b) quanto aos demais seguros, da ciência do fato gerador da pretensão”.

(15) THOMSON REUTERS PRACTICAL LAW, “Insurance and Reinsurance Global Guide”, disponible en [https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Browse/Home/International/InsuranceandReinsuranceGlobalGuide?transitionType=Default&contextData=\(sc.Default\)&firstPage=true&comp=pluk](https://uk.practicallaw.thomsonreuters.com/Browse/Home/International/InsuranceandReinsuranceGlobalGuide?transitionType=Default&contextData=(sc.Default)&firstPage=true&comp=pluk), “25. Is there a time limit outside of which the insured/reinsured is barred from making a claim?”.

(13) STIGLITZ, Rubén, “Derecho de seguros”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, 4ª ed. actualizada y ampliada, t. III, p. 279.

paradigma actual que ha polarizado su prioridad en la protección de los derechos subjetivos de los consumidores, así como la experiencia de aplicación de un plazo tan corto y el desarrollo del derecho de seguros en otras latitudes, dan cuenta de que la previsión del art. 58 de LS debería ser revisitado por el regulador, al menos en lo que refiere a la relación de consumo.

Ahora bien, remitimos a lo ya dicho en el comentario al art. 12 de la LS, respecto de los voluntarismos que buscan modificar normas: el derecho positivo debe ser respetado porque es un bien en sí mismo.

Decía Ortega y Gasset que hacer de la utilidad la verdad, es la definición de la mentira **(16)**, y decimos esto porque nos parece que en particular respecto del plazo de prescripción en el contrato de seguro la situación legal ha quedado muy prístina desde la ley 26.994, pero pese a ello surgieron voces y posiciones, que por más loables que resulten en sus intenciones y justas que sean sus críticas a tan exiguo plazo, intentan forzar interpretaciones irreverentes a la ley vigente.

Con anterioridad a la ley 26.994, la discusión sobre el plazo de prescripción en el art. 58 de la LS y su colisión con el plazo de art. 50 de la LDC era más atendible, si bien para nosotros era claro que debía prevalecer la ley especial aplicando la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del fallo “Buffoni”.

Pero no se puede desconocer que luego de la última reforma de la LDC por medio de la ley 26.994, la ineludible voluntad del legislador ha sido que el plazo de prescripción del art. 50 de la LDC quede circunscripto a las sanciones por incumplimientos a la LDC.

Ante ello, el plazo que surge evidente que prevalece para los contratos de seguro es el del art. 58 de la LS; de ninguna manera se puede ir al plazo genérico de 5 años previsto para iniciar acciones civiles que no tengan previsto un plazo diferente en la legislación local **(17)**. Ello, sim-

plemente porque existe expresamente en la LS un plazo diferente.

Sabido es que cuando concurren sobre una misma cuestión pluralidad de normas, debe estarse al principio que ley especial deroga a la ley general solo en cuanto a la materia comprendida en el nuevo régimen, y a la inversa, que ley general no deroga la ley especial, salvo que surja de manera manifiesta la voluntad derogatoria del legislador.

Por ello, cuando aparecen confrontaciones sobre la interpretación de la voluntad del legislador, debe entenderse que la ley posterior solo deroga a la ley anterior cuando exista una incompatibilidad entre la norma anterior y la posterior, salvo que se trata de una ley general respecto de una ley especial, a la cual no la derogaría tácitamente salvo abrogación expresa o manifiesta incompatibilidad.

Cabe recordar que es jurisprudencia pacífica de nuestro máximo tribunal que “una ley general no es nunca derogatoria de una ley o disposición especial, a menos que aquella contenga alguna expresa referencia a esta o que exista una manifiesta repugnancia entre las dos en la hipótesis de subsistir ambas y la razón se encuentra en que la legislatura que ha puesto toda su atención en la materia y observado todas las circunstancias del caso y previsto a ellas, no puede haber entendido derogar por una ley general superior, otra especial anterior, cuando no ha formulado ninguna expresa mención de su intención de hacerlo así” **(18)**.

Máxime, cuando este mismo tribunal viene sosteniendo desde antaño que “las derogaciones implícitas no son favorecidas, ha llegado a sentarse como regla en la interpretación de las leyes que una ley posterior de carácter general sin contradecir las cláusulas de una ley especial anterior, no debe ser considerada como que afecta previsiones de la primera a menos que sea absolutamente necesario interpretarlo así por las palabras empleadas” **(19)**.

(16) ORTEGA Y GASSET, José, “Verdad y perspectiva”, *El Espectador*, t. I, 1916.

(17) Cód. Civ. y Com., art. 2560.- “Plazo genérico. Las acciones civiles derivadas de delitos de lesa humanidad son imprescriptibles. El plazo de la prescripción es de

cinco [5] años, excepto que esté previsto uno diferente en la legislación local”.

(18) Fallos 330:304, entre otros.

(19) Fallos 150:150.

Es que, no parece prudente interpretar que exista incompatibilidad entre la LS y la LDC y el Cód. Civ. y Com., pues, para arribar a tal conclusión se debería partir necesariamente de una de las pautas interpretativas de mayor arraigo en la doctrina de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, conforme a la cual la inconsecuencia o la falta de previsión jamás se supone en el legislador (20) y por esto se reconoce como principio inconcuso que la interpretación de las leyes debe hacerse siempre evitando darle un sentido que ponga en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras y adoptando como verdadero el que las concilie y deje a todas con valor y efecto (21).

A la luz de estos principios, como bien manifiesta el maestro Stiglitz, “[n]o cabe dudar que la Ley de Seguros constituye una ley especial en relación a la que regula los contratos de consumo... Por tanto, no puede seriamente sostenerse la derogación de su art. 58 por la disposición relativa a la prescripción prevista también por la Ley 24.240” (22), ni mucho menos por las disposiciones del Cód. Civ. y Com., por ser una ley general.

Tampoco aquí cabe lugar para la aplicación de los arts. 3º de la LDC y 1094 del Cód. Civ. y Com., acerca de los cuales remitimos *brevitatis causa* a lo dicho con motivo del análisis del art. 12 de la LS. Pero respecto del plazo de prescripción, se suscita una particularidad adicional: la redacción del art. 50 de la LDC bajo la ley 26.361 decía: “cuando por otras leyes generales o especiales se fijen plazos de prescripción distintos del establecido precedentemente se estará al más favorable al consumidor o usuario”. Dicha línea fue eliminada por el legislador con la ley 26.994 y la importancia de dicho acto deliberado no puede soslayarse.

En suma, como señala destacada doctrina, no existiendo plazo específico en la LDC, y habiéndose suprimido el principio de norma más favorable que existía en el citado art. 50 de la LDC, las leyes específicas que regulan aspectos particulares de determinadas relaciones de consu-

mo son aplicables en materia de prescripción, tal como ocurre con el art. 58 de la LS (23).

VI. Pensamientos finales

Tomando como ejemplo algunos artículos de la LS hemos podido reflexionar sobre una circunstancia que nos parecía notable: la casi inmutabilidad de la ley antes citada desde su sanción en 1967.

La abrumadora mayoría de normas emitidas en aquella época, probablemente se encuentren derogadas o, cuanto menos, modificadas en menor o mayor medida por normas posteriores. Pero no la LS, esta norma ha sobrevivido a lo largo de los años solo con una modificación muy reciente, enmienda que, según vimos, no está claro si era útil o necesaria.

Cuando pensamos en que ha cambiado el mundo y su paradigma entre 1967 y 2022, nos parece que la primera intuición es hacer foco en la revolución digital. Sin embargo, quisiéramos mostrar que las principales discusiones jurídicas de nuestros tiempos respecto de la regulación de seguros no tienen causa fuente en la vorágine de cambios en la vida humana, fruto del avance tecnológico, sino en un cambio cultural respecto del ordenamiento jurídico, sus prioridades y valores: hablamos de la revolución de los derechos tuitivos del consumidor.

Ahora bien, debemos observar que los inconformismos con algunas soluciones de la LS, en contraposición con la creciente corriente tuitiva de defensa del consumidor, no son una fuente de derecho válida y no permite sostener ni la derogación tácita ni expresa de este régimen.

Por el contrario, creemos que resulta muy peligroso el riesgo de desintegración de derecho por aplicación de fórmulas inespecíficas estimadas hasta su desnaturalización, tales como el principio *in dubio pro consumidor*, con el único fin de forzar un espejismo de ley positiva que es solo eso: una ilusión tributaria de una intencionalidad insatisfecha.

(20) Fallos 316:2732.

(21) Fallos 312:1614.

(22) STIGLITZ, Rubén, ob. cit. p. 276.

(23) CHAMATRÓPULOS, Demetrio A., "Estatuto del consumidor comentado", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, t. II, coment. al art. 50, p. 230.

El plazo de prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro cuando constituye un contrato de consumo

Carlos J. M. Federik^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. Aplicación de los plazos del Código Civil y Comercial.— III. Aplicación del plazo del artículo 58 de la Ley de Seguros.— IV. El diálogo de fuentes.— V. El plazo de prescripción en el contrato de seguro.— VI. La supletoriedad del régimen de prescripción del Código Civil y Comercial.— VII. El diálogo extrasistémico.— VIII. La solución ponderativa: el principio protectorio.

I. Introducción

En el presente trabajo se procurará indagar cuál es el plazo de prescripción liberatoria que rige para las acciones emergentes de un contrato de seguro, cuando este constituya, a su vez, un contrato de consumo.

Cabe brevemente señalar que el plazo de prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro se encontraba normado en el art. 853 del Cód. Com., fijándose en el término de 1 año. Luego, la ley 17.418 de Seguros (1) —en adelante, LS— receptó idéntico plazo en su art. 58, párr. 1º (2), con la particularidad dispuesta en el último apartado de dicha norma

para la hipótesis de las acciones del beneficiario de un seguro de vida (3).

En el año 1993 se dictó la ley 24.240 de Defensa del Consumidor —en adelante, LDC—, cuyo art. 50, apart. 1º, disponía: “Las acciones y sanciones emergentes de la presente ley prescribirán en el término de tres [3] años” (4).

Posteriormente, el texto de dicho artículo fue modificado por el art. 23 de la ley 26.361, el que, en su nueva redacción, disponía un plazo trienal para la prescripción de las *acciones judiciales* emergentes de dicha ley y, asimismo, resolvía

putado desde que la correspondiente obligación es exigible”.

(3) El que reza de la siguiente manera: “En el seguro de vida, el plazo de prescripción para el beneficiario se computa desde que conoce la existencia del beneficio, pero en ningún caso excederá de tres años desde el siniestro”.

(4) Ante la literalidad de su texto y por su ubicación en el capítulo XII de la LDC, esta norma fue objeto de discusión, llevando a un sector a considerar que el plazo regía solo para las infracciones administrativas, mas no para acciones de consumo de carácter judicial (CNCm., sala D, 27/03/2012, “Ledesma Cristina I. c. Metlife Seguros de Vida SA s/ ordinario”, AR/JUR/14184/2012).

(*) Abogado, egresado de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de la Universidad Nacional del Litoral. Especialista en Derecho de Daños y doctorando en Derecho en dicha Facultad. Presidente de la Comisión de Jóvenes de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, sección nacional de AIDA (Association Internationale du Droit des Assurances).

(1) Promul. 30/08/1967; publ. 06/09/1967; vigente a partir del 01/07/1968.

(2) Estableciendo: “Las acciones fundadas en el contrato de seguro prescriben en el plazo de un año, com-

un eventual conflicto de concurrencia normativa, estableciendo que cuando por otras leyes generales o especiales se fijaren plazos distintos, se debía estar al más favorable al consumidor.

Con dicho basamento legal, fue basta la jurisprudencia que, poco a poco, fue consolidándose entendiendo que cuando el contrato de seguro configurare una relación de consumo, el plazo de prescripción que debía regir era el trienal establecido por la LDC (5).

Sin embargo, cuando todo hacía suponer que la discusión se iría “apaciguando”, la ley 26.994 (que sancionó el Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante Cód. Civ. y Com.—) recrudeció nuevamente el debate, al modificar una vez más el texto del art. 50 de la LDC, estableciendo ahora que el plazo trienal se aplica únicamente a las “sanciones” emergentes de dicha ley, suprimiendo toda referencia a las acciones judiciales y eliminando el párrafo que resolvía el conflicto de concurrencia de fuentes legales. Ergo, se eliminó con ello el plazo específico de prescripción que existía en la LDC para las acciones de consumo (6).

En relación con la LS, la ley 26.994 no introdujo ninguna modificación, sino que, por el contrario, según se deduce del art. 5º de esta última norma, la LS mantiene su plena vigencia como una ley “que complementa” el nuevo Cód. Civ. y Com. (7).

Entonces, si ya no existe en la LDC un plazo específico de prescripción, ¿el término aplicable debe ser el del art. 58 de la LS o el emergente de las reglas generales de prescripción que trae

el nuevo Cód. Civ. y Com. —arts. 2560 o 2561 según el caso—?

De lo que no existen dudas es de que cuando las acciones emergentes del contrato de seguro sean ejercidas por el asegurador, regirá el plazo prescriptivo del art. 58 de la LS, sin importar que la convención sea o no de consumo.

II. Aplicación de los plazos del Código Civil y Comercial

Para un sector doctrinal, al haberse eliminado el plazo especial del art. 50 de la LDC, indudablemente las acciones de consumo no quedaron sin plazo de prescripción, sino que el que regirá ahora será el genérico de 5 años dispuesto por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., o el de 3 años del art. 2561 del Cód. Civ. y Com., según que la acción —*rectius*: pretensión— emanada del contrato sea de cumplimiento o de indemnización de daños.

En consecuencia, serán estos plazos prescriptivos los que regirán para las acciones emergentes del contrato de seguro cuando este constituya, asimismo, un contrato de consumo.

Para llegar a dicha conclusión, esta postura sostiene que la cuestión no se puede resolver con sustento en el antiguo criterio antinómico ley especial vs. ley general, sino que corresponde acudir al diálogo de fuentes (arts. 1º y 2º, Cód. Civ. y Com.) y a una tarea de integración normativa cuyo vértice se encuentra signado por el bloque de constitucionalidad (arts. 42, CN, y 75, inc. 22 —tratados Internacionales de Derechos Humanos con jerarquía constitucional—) y su normativa derivada (LDC y reglas protectorias del Cód. Civ. y Com.).

Ello es así, en tanto se considera que los derechos del consumidor forman parte de una categoría más grande, de los denominados derechos humanos de tercera generación (derechos económicos, sociales y culturales). Como corolario, si antes de la reforma al texto del art. 50 de la LDC por ley 26.994, la jurisprudencia interpretaba que era de aplicación su plazo especial trienal (t.o. ley 26.361), toda hermenéutica que conlleve la aplicación del plazo anual de la ley especial de seguros sería ilegal, no solo por vulnerar los principios *pro homine* y *pro consumidor*, sino por erigirse en inconstitucional y aconvencional, en tanto perforaría el nivel de protección alcanzado, vulnerando los prin-

(5) CNCom., sala C, 22/08/2012, “Álvarez, Carlos L. c. Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/41497/2012; CNCom., sala F, 10/05/2018, “Salina, Gladys M. c. BBVA Consolidar Seguros SA”; AR/JUR/33012/2018. En contra: CSJ Santa Fe, 06/08/2019, “Molina Sergio c. La Perseverancia Seguros s/ queja por denegación del recurso de inconstitucionalidad”, AR/JUR/27786/2019, publicado en www.justiciasantafe.gov.ar, SAIJ 19090190.

(6) Cabe destacar que el Anteproyecto redactado por la Comisión de Reformas creada por el PEN mediante dec. 191/2011, no preveía ninguna modificación al art. 50, LDC, la que fue introducida por la Comisión Bicameral del Congreso Nacional.

(7) Por cuanto la LS, conforme a su art. 163, era una ley que se encontraba incorporada al Cód. Com.

cipios de “progresividad” o “no regresión” **(8)** (arts. 26, CADH, y 21, PIDESC). Una correcta “lectura constitucional” de la cuestión, conllevaría aplicar el plazo genérico de 5 años del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. por sobre el plazo especial de 1 año del art. 58 de la LS **(9)**.

Complementándose con lo anterior, pero ya en un nivel infraconstitucional, se sostiene que la tarea integrativa debe hacer escala técnica en el Cód. Civ. y Com., encontrándose ordenada en esta hipótesis por el art. 42 de la CN y, además:

- Por los Fundamentos del Cód. Civ. y Com., en tanto allí se dispone que las normas de los

(8) “En su virtud, ha de respetarse la línea de avance gradual y progresiva (faz positiva) hacia la satisfacción plena y universal de los derechos tutelados, no resultando jurídicamente posible retrotraer sobre estándares protectorios alcanzados ni sobre recursos destinados (faz negativa) (...). Es en su consecuencia que cualquier vuelta atrás, fáctica o normativa, en materia de tutela de los consumidores debe ser entendida como una clara afectación del principio sentado por la normativa suprallegal antes mencionada” (TAMBUSSI, Carlos E., “Consumidores, derechos humanos, convencionalidad y no regresividad. Aportes para la argumentación”, RDD 2016-1, “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 432).

(9) CNCom., sala E, 05/03/2020, “Sittner, Nélida E. c. La Meridional Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario”, AR/JUR/11446/2020; *id.*, 05/07/2021, “Gómez, Miguel A. c. La Caja de Seguros SA s/ ordinario”, cita online, AR/JUR/105105/2021; *id.*, 05/05/2021, “Acuña, Cristian G. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario”, AR/JUR/77406/2021; CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, 01/12/2020, “Giaccaglia, Mariano c. Boston Compañía Argentina de Seguros SA s/ daños y perjuicios”, Rubinzal online 170341, RC J 23/2; CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 05/12/2019, “Vega, Adriana L. M. y otros c. Antártida Cía. Argentina de Seguros s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/58085/20191; SC Mendoza, sala I, 23/03/2012, “Lavarello, María A. c. Caja de Seguros SA”, elDial.com - AA77A2; CCiv., Com. y Min. 2ª Circ. Jud. Gral. Roca, 16/12/2019, “Martín, Daniela V. c. BBVA Consolidar Seguros SA s/ sumarísimo”, expte. B-2RO-250-C5-17, AR/JUR/53514/2019; CCiv., Com. y Min. 3ª Circ. Jud. San Carlos de Bariloche, 15/07/2020, “Cañupal, Víctor D. c. La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Generales s/ daños y perjuicios”, expte. A-3BA-1271-C2017; C. 2ª Civ., Com., Minas, Paz y Trib. Mendoza, “González, Encarnación R. c. Paraná Seguros SA s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/18309/2018; SOBRINO, Waldo A., “El nuevo plazo de prescripción de cinco años en los seguros por aplicación del Código Civil y Comercial”, ponencia presentada en el XVI Congreso Nacional de Derecho de Seguros, La Plata, 21, 22 y 23/09/2016, Colegio de Abogados Departamento Judicial La Plata, elDial.com - DC223D, 24/11/2016.

consumidores incluyen “una serie de principios generales de protección al consumidor que actúan como una protección mínima”, lo que acarrea como efecto que ninguna ley especial (léase LS), en aspectos similares (v.gr. reglas de prescripción), podría derogar esos mínimos (art. 2560, que establece el plazo de 5 años), sin afectar todo el nuevo sistema legal.

- Por la regla del art. 1094 del Cód. Civ. y Com., del cual se deduciría que “las normas que regulan las relaciones de consumo” (art. 42, CN; art. 3º, LDC; art. 1092, Cód. Civ. y Com.), “deben ser aplicadas” (art. 2560, Cód. Civ. y Com.), “e interpretadas” (arts. 1º y 1094, Cód. Civ. y Com.; art. 3º, LDC), “conforme con los principios de protección del consumidor” (art. 1094, Cód. Civ. y Com., y art. 65, LDC; art. 42, CN).

Por su parte, se sostiene también que el art. 2532 del Cód. Civ. y Com. **(10)** cede ante la prelación normativa y la regla interpretativa protectoria del art. 1094 del Cód. Civ. y Com., cuando hay un consumidor involucrado. Así entonces, ante la duda entre la interpretación del Cód. Civ. y Com. y la ley especial, prevalece la solución más favorable al consumidor, debiendo regir el plazo genérico de 5 años previsto por el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. **(11)**.

También, por su parte, se ha sostenido que, en rigor, el análisis no debiera centrarse en el conflicto ley especial —LS— vs. ley general —LDC o Cód. Civ. y Com.—, puesto que a la selección de la norma que regirá el caso se llega por un criterio de jerarquía normativa.

Ello sería así, por cuanto con la modificación al texto del art. 50 de la LDC, el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. se incorporó al microsistema consumeril, que constituye un sistema de protección con base en el derecho constitucional.

(10) Que dispone: “En ausencia de disposiciones específicas, las normas de este capítulo son aplicables a la prescripción adquisitiva y liberatoria”.

(11) CNCom., sala E, 22/07/2020, “Aguirre, Ivanna J. c. Boston Compañía Argentina de Seguros SA s/ ordinario”, AR/JUR/32220/2020; *id.*, 10/05/2018, “Salina”, AR/JUR/33012/2018; CCiv. y Com. Mercedes, 16/03/2021, “Paz Viviana M. c. Caja de Seguros SA s/ cumplimiento de contratos”, MJ-JU-M-131284-AR; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala III, 16/03/2021, “Noriega, Gabriel M. c. Caja de Seguros SA s/ daños y perjuicios”; SOBRINO, Waldo A., *ob. cit.*

Es por esta razón que el conflicto se produciría entre sistemas normativos de diferente jerarquía, por lo que no debería decidirse conforme a los criterios antinómicos de especialidad o temporalidad. En rigor, si bien las dos normas tienen idéntico rango por ser ambas leyes del Congreso Nacional (arts. 58, LS, y 2560, Cód. Civ. y Com.), la norma aplicable al consumidor (art. 2560, Cód. Civ. y Com.) pasa a integrar el estatuto del consumo, que es un régimen tutelar y reglamentario específico de un derecho constitucional (art. 42, CN), característica ausente en el régimen de seguros que es meramente legal (12).

En otro orden argumental, se sostiene que a igual solución se llega por imperio del art. 3º, párrs. 2º y 3º párrs., LDC, que regula la posibilidad de concurrencia de la LDC con otras leyes especiales o generales, de forma tal que para determinar si una norma integra o no el sistema consumeril, no se considerará su carácter general o especial, sino que ella cumpla con las siguientes condiciones: por un lado, que se halle destinada a regular relaciones de consumo; y, por el otro, que lo haga de modo tal que incorpore la solución más favorable al consumidor.

En consecuencia, la laguna que dejó la modificación del art. 50 de la LDC, debería ser colmada con el art. 2560 del Cód. Civ. y Com., por cuanto esta constituye una de esas "normas generales aplicables a las relaciones de consumo" (art. 3º, LDC), con lo que estará llamada a regir a la generalidad de tal tipo de relaciones. A ello se suma que el propio legislador manda, en caso de duda, a interpretar haciendo prevalecer la solución más favorable al consumidor (art. 3º, LDC), lo que desplazaría al término menor del art. 58 de la LS (13).

(12) CNCom., sala C, 25/08/2021, "Silva, Viviana I. c. Edificar Seguros SA s/ ordinario", AR/JUR/128006/2021; *id.*, 22/08/2012, "Álvarez, Carlos L. c. Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario", AR/JUR/41497/2012; C. 2ª Civ. y Com. La Plata, sala II, 07/09/2021, "Prado, Roberto D. c. Caja de Seguros SA s/ daños y perjuicios", Rubinzal online RC J 6025/21; GONZÁLEZ VILA, Diego S., "La prescripción en el contrato de seguro a la luz del Código Civil y Comercial, un nuevo capítulo de una vieja controversia", *Revista Jurídica Región Cuyo*, octubre 2019, IJ-DCCCLXIII-252; LORENZETTI, Ricardo L., "Consumidores", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2009, 2ª ed., p. 49.

(13) CNCom., sala C, "Álvarez" y "Silva"; C. 2ª Civ. y Com., La Plata, sala II, "Prado"; CNCom., sala F, "Sittner".

Finalmente, por la unidad del fenómeno resarcitorio, para el caso de que el asegurado reclame no ya el cumplimiento de la prestación, sino los daños derivados de la inejecución del contrato, el art. 58 de la LS se vería desplazado por el plazo especial de 3 años del art. 2561, 2º apart., Cód. Civ. y Com. (14).

III. Aplicación del plazo del artículo 58 de la Ley de Seguros

Del otro lado, prestigiosa doctrina especializada en materia asegurativa ha proclamado la vigencia del plazo de 1 año del art. 58 de la LS.

En tal sentido, se sostiene que de una interpretación coherente y sistemática de los arts. 2532 y 2560 del Cód. Civ. y Com., se deduciría que para que se pueda aplicar el plazo genérico de esta última norma, no deberían existir plazos especiales, sean que estén previstos en el propio Código o en otras "disposiciones específicas" ajenas al mismo (15).

En consecuencia, cuando el plazo específico esté previsto en una ley especial, como es el caso del art. 58 de la LS, dicha norma sería de aplicación preeminente.

No se perforaría con ello el núcleo duro de tutela que trae el nuevo Código en materia consumeril, por cuanto las reglas de prescripción se aplican de manera residual (art. 2532, Cód. Civ. y Com.) y además no forman parte de los principios generales de protección incluidos en el Título III del Libro Tercero del Cód. Civ. y Com. (16).

(14) C. 2ª Civ., Com. y Trab. Mendoza, "González"; CCiv. y Com. Mar del Plata, sala III, "Giaccaglia".

(15) Como sucede, por ejemplo, con el plazo prescriptivo del contrato de transporte de personas o cosas, que el Código fija en 2 años (art. 2562, inc. d)]; dicho contrato en la mayoría de los casos constituye también un contrato de consumo, y no por ello deja de aplicarse el mencionado plazo especial.

(16) COMPIANI, María Fabiana, "El régimen jurídico del contrato de seguro en el derecho argentino. Actualidad y perspectivas", *Revista Actualidad Jurídica Iberoamericana*, nro. 5 ter, 01/12/2016, IJ-CCCLXXVII-793; *id.*, "Prescripción y derecho de seguro (con especial referencia al plazo aplicable al contrato de seguro)", RDPyC 2021-2, "Prescripción extintiva", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2021, ps. 399 y ss.; STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de seguros", Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 6ª ed., ps. 641 y ss.; STJ de Entre Ríos, 22/10/2020, "Valsagna, Mónica

Por su parte, uno de los fundamentos también regularmente sostenido, es el criterio de resolución de antinomias que expone que una ley general posterior no deroga —implícita o tácitamente— una ley especial anterior, tal como lo manifestó nuestra Corte Suprema en los conocidos casos “Buffoni” y “Flores” (Fallos 337:329 y 340:765, del 08/04/2014 y 06/06/2017, respectivamente) (17).

Así entonces, la LS es una *ley especial*, que regula específica y exclusivamente al contrato de seguro, mientras que la LDC y el Cód. Civ. y Com. constituyen *leyes generales*, que regulan a todos los contratos que se puedan encuadrar dentro de la categoría “relación de consumo”. Por consiguiente, siendo que la LS es una *ley especial anterior* y la LDC o el Cód. Civ. y Com. son *leyes generales posteriores*, si bien todas tienen misma jerarquía, la primera prevalece por sobre las segundas en relación con la materia de la que trata (18).

Finalmente, para esta corriente, una correcta ponderación de los derechos constitucionales involucrados llevaría a la aplicación del art. 58 de la LS. Se sostiene así que del art. 42 de la CN no surgiría un núcleo duro de derechos constitucionalmente garantidos que sean superiores a otros derechos reconocidos por la misma Carta Magna, como lo puede ser, por ejemplo, el derecho de propiedad del asegurador (art. 17, CN).

B. c. La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Grales. s/ ordinario”, Rubinzal online, RCJ 8367/20.

(17) En donde se sostuvo: “[N]o obsta a ello la modificación introducida por la ley 26.361 a la Ley de Defensa del Consumidor, puesto que una ley general posterior no deroga ni modifica, implícita o tácitamente, la ley especial anterior, tal como ocurre en el caso de la singularidad de los contratos de seguro”.

(18) CNCom., sala B, 04/08/2017, “Agut, Fernando M. c. Caja de Seguros SA s/ ordinario”, AR/JUR/50510/2017; *id.*, 11/03/2020, “Acosta, Iara M. c. Alianza Seguros SA s/ ordinario”, AR/JUR/104824/2021, www.csjn.com.ar; STJ Entre Ríos “Valsagna”; CSJ Santa Fe, “Molina” y pronunciamiento del 17/08/2021 en “Mena Ricardo Mario c. La Segunda Cooperativa Ltda. de Seguros Grales. s/ queja”; ABBAS, Ana, “El plazo de prescripción aplicable al contrato de seguro”, LA LEY del 21/08/2012, 4; LA LEY, 2012-E, 102; AR/DOC/4283/2012.

Todos los derechos reconocidos en la CN deben ser ejercidos conforme a las leyes que regulen su ejercicio (art. 14, CN), en tanto dicha legislación no los altere (art. 28, CN).

En la presente hipótesis, los derechos del consumidor asegurado de valerse del término del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. por aplicación del art. 42 de la CN, se encuentran en plena paridad con los del asegurador de valerse del plazo menor del art. 58 de la LS (que integra su derecho de propiedad —arts. 17, CN, y 965, Cód. Civ. y Com.—).

Y aquí el legislador, mediante ley 26.994, habría resuelto el conflicto de concurrencia normativa eliminando el plazo en la LDC (siendo esta la ley que reglamenta el ejercicio de los derechos del art. 42, CN) y manteniendo plenamente vigente la LS (19).

IV. El diálogo de fuentes

Habiendo explicitado las distintas posturas existentes, brindaré a continuación lo que considero es el correcto andamiaje jurídico sobre el que debe encontrar apoyatura la selección del plazo de prescripción aplicable.

De manera liminar, debemos partir de la base de que el elemento activante del microsistema consumeril es la relación de consumo (arts. 1º y 2º, LDC; arts. 1092 y 1093, Cód. Civ. y Com.). Este régimen tiene, por así decirlo, un carácter transversal, por cuanto expande sus efectos a los regímenes especiales que atrapan a la situación jurídica específica de que se trate (20).

En el caso de los contratos, siempre que una convención cumplimente con aquellos elementos o presupuestos requeridos para ser considerado como “contrato de consumo”, será de aplicación el régimen tuitivo y de orden público de protección de la LDC (art. 65) y del Título III del Libro Tercero del Cód. Civ. y Com. (21).

(19) COMPIANI, María Fabiana, ob. cit., ps. 403 y ss.; SCHIAVO, Carlos A., “Prescripción de las acciones emergentes del contrato de seguro”, LA LEY del 30/07/2020, 6; RCCyC 2020 (dic.), 09/12/2020, 219.

(20) C. 2ª Civ. y Com., sala II, “Prado”.

(21) Las normas protectorias del tít. III no se aplicarán de manera supletoria o subsidiaria, por cuanto si el contrato del que se trate —compraventa, transporte, seguro,

En el particular caso del plazo prescriptivo aplicable a las acciones emergentes del contrato de seguro, cuando configura a su vez una convención de consumo, se presenta una concurrencia de fuentes legales que regulan aspectos similares o idénticos, con soluciones claramente disímiles (en un caso, estableciendo un plazo anual —art. 58 de la LS—, y en el otro, uno quinquenal o trienal conforme a la naturaleza de la pretensión deducida —arts. 2560-2561, Cód. Civ. y Com.—).

A ello se le suma que todas las normas involucradas tienen carácter imperativo, por cuanto campea en ellas el orden público (22); sea que así lo declaren expresamente (arts. 65, LDC, y 2533, Cód. Civ. y Com.) o que esto se deduzca de su letra o naturaleza (art. 158, LS).

Y es aquí, ante la necesidad de armonizar, coordinar o compatibilizar ambos regímenes, en que el método del diálogo de fuentes asumirá una importancia cardinal (23).

Este método se contrapone a los criterios clásicos de resolución de antinomias —jerarquía, especialidad, temporalidad—, que traían como resultado, el apartamiento de alguna de las reglas en conflicto; bajo estos criterios “triunfaban” alguna norma, en la que iba a subsumirse en definitiva el supuesto de hecho analizado. Por el contrario, el diálogo de fuentes propone coordinar, armonizar las diferentes normas que convergen, de forma tal de lograr integrarlas, de manera complementaria, coherente y, en cuanto sea posible, simultánea; se creará así “la regla o el derecho del caso”. Las distintas fuentes no compiten, sino que interactúan, conviven (24).

etc.—, ostenta los elementos tipificantes del art. 1092, será de directa aplicación todo el régimen allí normado (e indudablemente también, el de la LDC).

(22) CNCiv., sala H, 14/03/2019, “L. M. J. c. M. E.”, AR/JUR/11640/2019.

(23) Sobre si la tarea de selección de una norma de entre varias aplicables, es estrictamente integrativa o antes bien, interpretativa, comparto que se trata de una labor hermenéutica (ver para mayor profundidad TOBÍAS, José W., “Tratado de derecho civil. Parte general”, LA LEY, 2018-I, 288, 1ª ed.).

(24) SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, RDD 2016-1, “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, ps. 227 y ss.; BURGUEÑO IBARGUREN, Manuel, en comentario al art. 1094, en LÓPEZ MESA, Marcelo J. – BARREIRA, Delfino

Es en esta faena en donde el Cód. Civ. y Com. ostenta un papel central, el que, al decir de los Fundamentos del Anteproyecto, “tiene un efecto expansivo indudable”, una “centralidad para iluminar a las demás fuentes”. Los arts. 1º y 2º de dicho cuerpo son claros en este sentido, constituyen “guías para decidir en un sistema de fuentes complejo”, en el que debe recurrirse no solo a las reglas, sino también a los principios y valores, debiendo valorarse su coordinación con otros microsistemas (25).

Específicamente en materia de consumo, el diálogo de fuentes viene impuesto ahora por el art. 1094, párr. 1º, Cód. Civ. y Com. (26). Dicha disposición acepta que puedan existir diversas normas que regulan —concurrentemente— las relaciones de consumo; es decir, se impone un diálogo hacia el interior del microsistema consumeril. Allí el operador deberá coordinar las normas guiándose por el principio que manda a maximizar la “protección del consumidor” (arts. 1094, Cód. Civ. y Com., y 42, CN) (27).

Esta norma se vincula con el art. 3º, apart. 2º, LDC, que manda a integrar la LDC con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo, disponiendo asimismo que, en caso de duda, se debe interpretar en el sentido más favorable al consumidor.

Asimismo, cabe aclarar que deben descartarse como reglas organizativas del diálogo de fuentes,

E. (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado. Anotado”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2021, 1ª ed., t. 7, p. 558; ÁLVAREZ LARRONDO, Federico M., “La vigencia del principio protectorio”, RDD 2016-1, “Consumidores”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, p. 586.

(25) *Vide* acápite “III) Título preliminar 1. Razones de la existencia de un título preliminar” de los Fundamentos. Se ha dicho, asimismo: “Por ello el Cód. Civ. y Com. apuesta al ‘diálogo de fuentes’ (...). Ello obliga a sustituir la tradicional noción de antinomia, con los principios clásicos de normas, por otros criterios, basados en juicios de ponderación que se valen de principios ‘derramados’ en una multiplicidad de normas que hay que reconstruir” (LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos. Parte general”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2018, 3ª ed., p. 210).

(26) Que reza de la siguiente manera: “Las normas que regulan las relaciones de consumo deben ser aplicadas e interpretadas conforme con el principio de protección del consumidor y el de acceso al consumo sustentable”.

(27) SOZZO, Gonzalo, ob. cit., p. 244.

a la prelación normativa del art. 963 del Cód. Civ. y Com. (28) y a la interpretación “pro consumidor” del art. 1094, párr. 2º, Cód. Civ. y Com. (29).

Así entonces, en materia de consumo el paso por el Cód. Civ. y Com. resulta obligado, habiéndose normado allí principios generales de protección al consumidor, que pretenden erigirse en un “núcleo duro de tutela” (30), y que se suman a las reglas protectorias que ya estaban reguladas en la LDC. El diálogo de fuentes permitirá al intérprete de una ley especial acudir al Código para la provisión del “lenguaje normativo común de lo no regulado en la ley especial” (31) y para determinar los pisos mínimos de tutela, conforme al principio de interpretación más favorable al consumidor.

En definitiva, en el caso de la prescripción liberatoria de las acciones emergentes del contrato de seguro, tendremos que recurrir a dicho diálogo para armonizar las siguientes fuentes normativas involucradas: a) CN (art. 42); b) Cód. Civ. y Com. (arts. 1º, 2º, 3º, 1094, 2532, 2560, 2561); c) microsistema de defensa del consumidor (arts. 3º y 50, ley 24.240 y modif.); d) ley 17.418 especial de Seguros (art. 58) (32).

V. El plazo de prescripción en el contrato de seguro

Debemos analizar ahora cómo lograr esta coordinación normativa.

(28) Dicha norma se aplica a los contratos paritarios (aquellos que caigan en el tít. II del Libro Tercero).

(29) Aquí no se plantea un supuesto de convergencia de fuentes legales, sino que sencillamente se trata de normas, ubicadas en el Código o en una ley especial, que genera dudas interpretativas; por ende, no se requiere recurrir a un diálogo de fuentes en conflicto, sino que regirá la interpretación más favorable al consumidor.

(30) En tal sentido, una ley especial podría mejorar esos mínimos, pero nunca derogarlos sin afectar el sistema (ver acápite, “Título III: “Contratos de consumo”. 1. Método” de los Fundamentos).

(31) En los Fundamentos se mencionan como ejemplos las reglas generales de la responsabilidad civil, de los contratos y, en lo que aquí interesa, las de la prescripción.

(32) Es importante tener presente que, a mi entender, la ley 17.418 no configuraría técnicamente lo que se denomina como “microsistema”, sino que se trataría más bien de una “ley especial”, cuya regulación simplemente se particulariza por la especificación del objeto del contrato. Para mayor profundidad, ver SOZZO, Gonzalo, ob. cit., ps. 249 y ss.

Así, hemos manifestado *supra* que cuando un contrato de seguro constituye un contrato de consumo, la aplicación del orden público protectorio del régimen consumeril deviene inexecutable (art. 65, LDC, y tít. III del Libro Tercero del Cód. Civ. y Com.).

En consecuencia, dado que la fuente principal del derecho del consumidor es la CN —art. 42—, el análisis debiera principiar por las normas infraconstitucionales que reglamentan y son base de la regulación detallada y específica de dichos derechos.

En este sentido, la LDC se erige en el centro de tal regulación especial. Sin embargo, con la nueva redacción de su art. 50, no contamos ahora con un plazo de prescripción para las acciones judiciales de consumo. No implica ello que tales acciones no tengan actualmente término prescriptivo, sino que, al ser un aspecto no regulado, lleva a que debamos acudir a las *normas generales* protectorias reguladas en el Título III, Libro Tercero del Cód. Civ. y Com. Este diálogo de fuentes es impuesto por el art. 3º, apart. 2º, LDC, al establecer que la ley se integra con *normas generales* o especiales aplicables a las relaciones jurídicas de consumo, y viene ahora reforzado también por el art. 1094, 1ª parte, Cód. Civ. y Com. Con ello se reconoce la autonomía del microsistema, y que la respuesta en casos de conflictos normativos no deba estar entonces guiada por los tradicionales criterios de solución de antinomias.

Ahora bien, las normas del Cód. Civ. y Com. que regulan el “núcleo duro de protección mínima” en el mencionado Título III, *no establecen plazo prescriptivo alguno*, con lo que el intérprete deberá entonces acudir a las disposiciones generales del digesto que proveen el “lenguaje común de lo no regulado en la ley especial”, esto es, a las reglas sobre prescripción liberatoria que trae el Cód. Civ. y Com. (33).

Así las cosas, encontramos en el código fondados dos normas que se podrían aplicar a las acciones emergentes del contrato de seguro, según

(33) Esta extrapolación de reglas del sistema general al microsistema no se hace de manera mecánica, sino que debe adecuarse a los principios y racionalidad propios del microsistema; en este supuesto, debe guiarse por componer una solución —la regla del caso— que maximice la protección al consumidor.

que la pretensión sea de cumplimiento contractual, en cuyo caso regiría el “plazo genérico” de 5 años (art. 2560) o de resarcimiento de daños ocasionados por el incumplimiento (art. 2561, párr. 2º), en donde el término sería de 3 años.

Sin embargo, toda esta solución parecería colisionar con el hecho de que, siendo el art. 58 de la LS una “disposición específica”, en los términos del art. 2532 del Cód. Civ. y Com., el régimen de prescripción establecido en el Código parecería verse desplazado por dicha ley especial.

VI. La supletoriedad del régimen de prescripción del Cód. Civ. y Com.

La regulación general del instituto de la prescripción se abre en el Cód. Civ. y Com. con la norma del art. 2532, titulada “Ámbito de Aplicación”, cuyo párr. 1º establece una suerte de supletoriedad legal del régimen, en tanto establece que su aplicación queda condicionada a la inexistencia de “disposiciones legales específicas”.

Ergo, hemos mencionado que un sector sostiene que, precisamente, el art. 58 de la LS constituye una disposición específica, desplazando entonces a los plazos dispuestos por el Cód. Civ. y Com.

A ello se le suma que el art. 2560, por una parte, establece por propia denominación un “plazo genérico”, lo que da la pauta de tratarse de un plazo ordinario o general, que regiría de no existir plazos especiales, y por la otra, que de su texto surge que su aplicación se encuentra condicionada a que no “esté previsto uno diferente en la legislación local”.

No obstante, considero que fundar en ello la aplicación del art. 58 de la LS es incorrecto, y para esto no hace falta recurrir al diálogo de fuentes, sino a una interpretación gramatical y finalista de los preceptos en pugna (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Ello así, por cuanto el art. 2532 condiciona a la inexistencia de disposiciones específicas, la aplicación de las normas “de este Capítulo” (34) (*sic*). Por lo que, en rigor, las normas del Capítulo II Sección 2ª, que regulan lo relativo a los *plazos* de prescripción, no quedan condicionadas a la “ausencia de disposiciones específicas”.

Por otra parte, al párrafo final del art. 2560, en cuanto condiciona su aplicación a que otro plazo no esté previsto “en la legislación local”, lo debemos entender en conjunción con el art. 2532 *in fine*. De tal manera, de una hermenéutica finalista y coherente de ambas normas, se desprende que no sujetan su aplicación a la inexistencia de plazos especiales establecidos en otras leyes de fondo —nacionales—, sino que la supeditan al ejercicio de la potestad legislativa de las jurisdicciones locales en materia tributaria, que podrán dictar normas para regular *únicamente* lo referido al *plazo* de prescripción liberatoria (35).

Como corolario de ello, en el Cód. Civ. y Com. no se establece un carácter subsidiario o supletorio en lo que refiere al *régimen de plazos* de prescripción liberatoria.

Esto no impide que puedan existir plazos especiales, destinados a regular determinados supuestos específicos, desplazando así al plazo residual del art. 2560, como de hecho ocurre con los arts. 2561 y ss. Tampoco negamos que estos plazos especiales o específicos puedan estar contenidos tanto en el Cód. Civ. y Com. como en una ley especial.

Lo que decimos es que, la presencia de una “disposición específica” contenida en una ley especial —de fondo y nacional—, no produce el desplazamiento automático y mecánico del régimen de plazos del Cód. Civ. y Com. o del plazo genérico del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. Su supletoriedad se limita, como hemos dicho, a la existencia de una disposición local en materia tributaria.

(35) La habilitación a las jurisdicciones locales para legislar sobre prescripción en materia tributaria que realiza el párr. 2º del art. 2532, no estaba en el texto originario del Anteproyecto ni en el Proyecto que el Poder Ejecutivo envió al Congreso. Posteriormente, la Comisión Bicameral propuso modificar el art. 2560 del Anteproyecto con la siguiente redacción: “Plazo genérico. El plazo de la prescripción es de cinco años, excepto que esté previsto uno diferente. Este plazo se aplica a la prescripción de impuestos, tasas, contribuciones y otros tributos nacionales, provinciales, de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires y municipales”. El H. Senado de la Nación decidió modificar el apart. 2º del art. 2560 por una redacción más simple, así como también introducir, en concordancia, el párr. 2º del art. 2532, todo lo cual recibió finalmente la aprobación de la H. Cámara de Diputados.

(34) Refiere al cap. I del Título I del Libro 6.

Por consiguiente, la norma del art. 2560 del Cód. Civ. y Com. deberá “entrar en diálogo” con la norma de la ley especial que disponga un plazo distinto, tal como es el caso del art. 58 de la LS.

Asimismo, para quienes fundan la supremacía del art. 58 de la LS en el hecho de que el art. 2560 del Cód. Civ. y Com. regula un “plazo genérico”, que quedaría desplazado por un “plazo especial”, dejan huérfana de explicación la hipótesis en que la acción incoada no sea de cumplimiento del contrato de seguro, sino de resarcimiento de daños, cuyo plazo prescriptivo configura —al igual que el art. 58 de la LS— un “plazo especial” (art. 2561, 2ª parte, Cód. Civ. y Com.) (36).

VII. El diálogo extrasistémico

La tarea de selección de la norma debe apoyarse en presente caso en el diálogo de las fuentes involucradas: el microsistema del derecho del consumidor (CN, LDC, leyes especiales relacionadas y reglas protectorias del Cód. Civ. y Com.) y una ley especial *ajena al sistema*, en este caso, la LS.

Llegados a este punto, debemos aclarar que tanto el art. 1094 del Cód. Civ. y Com. como el art. 3, párr. 2º, LDC, constituyen reglas de organización del diálogo, aunque *para adentro* del microsistema consumeril. Estos artículos reconocen potenciales convergencias de “normas que regulan las relaciones de consumo”, es decir, aquellas que también tengan por finalidad política la tutela de los consumidores.

Sin embargo, la LS no es una ley que esencialmente tenga por finalidad política tutelar los derechos de los consumidores (37). El funda-

mento normativo del diálogo de esta ley con el microsistema consumeril es distinto.

En este sentido, considero que la norma que justifica el punto de relacionamiento entre el microsistema y una ley especial ajena, en este caso, la LS, es el art. 3º *in fine* de la LDC (t.o. ley 26.361) (38).

Esta regla reconoce la autonomía del microsistema, que regirá en forma concurrente con otras leyes especiales que pudieran regular la actividad del proveedor, como es el caso de la LS (39). Si bien en los Fundamentos se declara el respeto del Cód. Civ. y Com. por “los otros microsistemas normativos autosuficientes” (40), manifestándose que se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto en aquello que fuera absolutamente necesario, y brindado como ejemplo de ello a la LS, con esto no se ha querido expresar una prevalencia o intangibilidad absoluta del régimen asegurador.

Por el contrario, el art. 3 *in fine* de la LDC enfatiza, para estas hipótesis de conflictos normativos, la vigencia concurrente y autónoma del microsistema del consumidor respecto de leyes especiales ajenas. El microsistema no tiene carácter subsidiario, no queda subordinado a lo que dispongan las leyes o reglamentaciones especiales que regulen la actividad del proveedor. Esta es la regla del diálogo extrasistémico que deberá tenerse en cuenta.

En consecuencia, en estos supuestos de diálogo extrasistémico, en donde se encuentran en tensión leyes con diferentes racionalidades políticas y axiológicas, la solución debería estar guiada por la *ponderación* de los derechos y principios iusfundamentales involucrados, a los fines de establecer el peso que cada uno ostenta y aplicar el de mayor incidencia en el caso

(36) Se podría decir que el art. 2561, apart. 2º, regula “un plazo especial” que podría ser desplazado por otra norma que regule una situación aún más específica, tal como ocurre con los daños derivados del transporte [art. 2562, inc. d)]. Lo mismo entonces ocurriría —por su especificidad— con el plazo normado en la LS. Sin embargo, tal como lo explicaré luego, no creo que ello sea así.

(37) Lo que no quiere significar que en el régimen del seguro no puedan existir disposiciones particulares destinadas a la protección de los asegurados, v. gr. art. 11, apart. 2º, LS; arts. 25 y 26, párr. 3º, ley 20.091.

(38) Que dispone: “Las relaciones de consumo se rigen por el régimen establecido en esta ley y sus reglamentaciones sin perjuicio de que el proveedor, por la actividad que desarrolle, esté alcanzado asimismo por otra normativa específica”.

(39) CNCom., sala C, 22/08/2012, “Álvarez, Carlos L. c. Aseguradora Federal Argentina SA s/ ordinario”, AR/JUR/41497/2012.

(40) *Vide* apart. “II) Método. 1. Aspectos vinculados a la elaboración del Anteproyecto. 1.4. El Código y las normas” de los Fundamentos.

concreto (41), procurando una solución que potencie o desarrolle —en la medida de lo posible— los derechos constitucionales involucrados (42).

VIII. La solución ponderativa: el principio protectorio

Siguiendo la línea de lo expuesto, el análisis del distinto peso o valía de los derechos o principios constitucionales comprometidos, encuentra ahora apoyatura legal en los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com.

El art. 1º del Cód. Civ. y Com. reconoce expresamente que la norma fundante del sistema de derecho privado argentino es la CN —junto con los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte (art. 75, inc. 22, CN)—, debiendo sujetarse la labor hermenéutica a tales disposiciones (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

Esto en materia de consumo resulta de particular importancia, por cuanto el art. 42 de la CN se erige en el punto de partida o piedra basal del microsistema, y tanto la integración como la interpretación de las fuentes legales, se deben corresponder con las directrices constitucionales que de allí emanan. Por consiguiente, los principios y derechos establecidos en el art. 42 de la CN se erigen en un piso mínimo que no puede ser soslayado (43).

(41) LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos...", ob. cit., p. 162; UCÍN, María C., "Las instrucciones de aplicación del Código Civil y Comercial. Un análisis interpretativo del artículo 3", *Revista de Derecho y Ciencias Sociales*, nro. 15, 2016, p. 110.

(42) SOZZO, Gonzalo, ob. cit., p. 272.

(43) En relación con la cuestión de si los derechos de los consumidores constituyen derechos humanos (sea de segunda o de tercera generación), cuestión de importancia por cuanto si así lo fueran regiría a su respecto el principio de progresividad, considero que: a) Si bien en la relación de consumo se encuentran generalmente presentes derechos que sí lo son, como la vida, la salud, etc., ello no conlleva necesariamente a sostener que los derechos del consumidor, como categoría normativa y conceptual, sean derechos humanos. Así, por ejemplo, si al plazo para ejercer el derecho de revocación de la aceptación del art. 34, LDC, se lo disminuyera por una ley posterior pasando de 10 a 9 días, ¿podríamos manifestar que esa modificación resulta violatoria de un derecho humano? No creo que ello pueda sostenerse; b) Si pese a ello se considerare que sí lo son, de todas formas comparto lo expuesto por Pizarro y Vallespinos, en el sentido de que el principio de

No obstante, como todo otro derecho constitucional, su reconocimiento no es irrestricto y absoluto, sino relativo y limitado por las leyes que dicte el Congreso de la Nación, en tanto con dicha reglamentación no se altere su esencia (arts. 14 y 28, CN) (44).

Por su parte, desde el polo opuesto, se puede sostener que el derecho del Asegurador a valer-se de la prescripción ganada con base en el art. 58 de la LS, podría encontrar amparo en el derecho constitucional de propiedad, en el amplio sentido que nuestro máximo tribunal le ha asignado (arts. 17, CN, y 965, Cód. Civ. y Com.) (45).

En consecuencia, cabe examinar cómo argumentar válidamente la armonización entre estos derechos y principios constitucionales en tensión, teniendo en cuenta que nuestra Corte Federal ha sostenido que, en tales casos, debe propenderse a su conciliación (46).

Retomando entonces, el diálogo extrasistémico conllevará que se deban "ponderar" los derechos constitucionales involucrados (arts. 17 y 42, CN). La labor hermenéutica debe ajustarse al bloque de constitucionalidad, y ahora agregamos que también debe hacerlo a los "principios y valores jurídicos" (art. 2º, Cód. Civ. y Com.), máxime si ellos revisten rango constitucional.

Conforme se sostiene en los Fundamentos del Anteproyecto, los "principios y valores jurídicos" no solo tienen un carácter supletorio, sino que son normas de integración y control axiológico. Es decir, no solo actúan para colmar lagunas, sino que también orientan la labor interpretativa, procurando la adopción de decisiones "valiosas" para el ordenamiento jurídico

progresividad no impide que los Estados puedan ampliar o reducir los ámbitos normativos de tutela de los consumidores, en la medida en que dichas restricciones no degraden la esencia de tales derechos (PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Tratado de obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2017, 1ª ed., t. IV, p. 204).

(44) CS, 07/12/1934, "Avico, Oscar A. c. De la Pesa, Saúl"; Id SAII: FA34996938.

(45) Es regla de interpretación que todo aquel que pretenda restringir el derecho de propiedad constitucionalmente consagrado, tiene la carga argumentativa de justificar la legitimidad de su decisión (LORENZETTI, Ricardo L., "Tratado de los contratos...", ob. cit., p. 156).

(46) Fallos 255:293, 258:267 y 302:640, etc.

como un todo coherente (47). Los principios no permiten prescindir de la norma aplicable, sino que nos guían para seleccionar la norma correcta en la que subsumir el caso.

Y en tal sentido, debiendo procurar el juicio de ponderación maximizar los principios constitucionales en conflicto, dando el peso que cada uno tiene en el caso concreto, de nuestra Carta Magna se desprende que el microsistema consumeril se funda en el llamado “principio protectorio”, de innegable rango constitucional (art. 42, CN).

Así se ha sostenido que el art. 42 da el “sentido” general del diálogo de fuentes, que es *lograr maximizar la protección del consumidor*, desarrollando en todos los casos, en la mayor medida posible, sus derechos fundamentales (48).

Esto adquiere especial relevancia a la hora de realizar la ponderación de los derechos en juego, puesto que cuando hay principios relativos a la relación de consumo, ellos adquieren un peso, grado o valía en general superior al resto, habiéndose dicho así que “la balanza debe inclinarse hacia ellos, porque hay una ley que fija cuál es el criterio a utilizar en dicho juicio de ponderación” (49).

Justamente, cuando el principio protectorio entra en colisión con otro principio de la misma jerarquía o rango, a la hora de asignar el peso o valía de cada uno, no se puede olvidar que el

primero opera cuando existe una situación de vulnerabilidad, que para ser superada requiere que se proteja a un sujeto o grupo de sujetos, favoreciendo la igualdad real (50).

Como consecuencia de ello, ante la convergencia normativa suscitada (art. 58 de la LS; arts. 2560-2561, Cód. Civ. y Com.), la ponderación de los derechos y principios constitucionales involucrados (arts. 17 y 42, CN), conlleva que la labor hermenéutica deba potenciar en el caso concreto y estar orientada “sin temor sin temor ni limitación alguna, a la defensa de los consumidores y usuarios” (51).

La discusión sobre la prevalencia de normas infraconstitucionales involucradas en el presente conflicto (LS, LDC, Cód. Civ. y Com.), se deberá resolver en pos de maximizar la protección del consumidor (en este caso, de sus *intereses económicos*, en la terminología del art. 42, CN), lo que implicará en definitiva la selección de la norma que disponga del plazo prescriptivo más amplio (arts. 2560-2561, Cód. Civ. y Com., según que la pretensión sea de cumplimiento contractual o daños).

Por último, cabe señalar que a la solución propiciada coadyuvan, aunque entiendo como mero complemento argumental, los criterios tradicionales de interpretación en materia de prescripción liberatoria (52).

(50) LORENZETTI, Ricardo L., “Tratado de los contratos...”, ob. cit., p. 175.

(51) VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La defensa del consumidor como principio general del Derecho”, en *Derecho del Consumidor*, vol. 7, p. 3.

(52) Así podemos señalar: 1) la prescripción liberatoria se interpreta en forma restrictiva, nunca analógica o extensiva, por lo que en caso de duda debe estarse por la subsistencia del derecho; 2) también en caso de duda, debe estarse a favor del plazo más dilatado, si dos pudieran ser aplicados y no fuera indudable la procedencia de uno de ellos (CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 05/12/2019, “Vega, Adriana L. M. y otro c. Antártida Cía. Argentina de Seguros s/ daños y perjuicios”; CNCiv., sala B, 17/05/1984, “Yata, S. c. Pucci F.”, DJ 1985-1-559).

(47) Así se ha sostenido: “Las leyes deben ser interpretadas considerando armónicamente la totalidad del ordenamiento jurídico y los principios y garantías de raigambre constitucional para obtener un resultado adecuado, pues la admisión de soluciones notoriamente disvaliosas o conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso no resulta compatible con el fin común tanto de la tarea legislativa como la de la judicial” (CS, 06/11/2018, “Incidente nro. 34 - Lenna s/ verificación de créditos”, COM 00828312006/34/CS001).

(48) SOZZO, Gonzalo, ob. cit., p. 268.

(49) LORENZETTI, Ricardo L., “Consumidores”, ob. cit., p. 52.

Límites del contrato de seguro según la Corte Suprema de Justicia de la provincia de Santa Fe: cláusulas abusivas

Joaquín A. Hernandez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Resolución de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe.— IV. ¿Derecho del seguro vs. derecho del consumo? Análisis de la problemática.— V. Solución legislativa y criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Santa Fe.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La relación entre el régimen especial de derecho de seguros y el resto del ordenamiento normativo constituye una problemática de suma actualidad y de relevante importancia práctica. Las soluciones a los conflictos que asiduamente se plantean ante la justicia a lo largo y ancho del vasto territorio nacional respecto de los límites del contrato de seguro dependerán en buena medida de la posición doctrinaria que se adopte respecto de la relación existente entre el sistema normativo general y el microsistema jurídico del derecho del seguro.

Entre la posición doctrinaria *reduccionista*, la cual considera microsistema de derecho del seguro como un todo autosuficiente que excluye la aplicación de cualquier norma que no integre el microsistema (p. ej., LDC), y la posición doctrinaria *negacionista*, que resta importancia a las particularidades del microsistema hasta el punto de negar su especificidad, existe una

posición ecléctica, que recurre al diálogo de fuentes como solución integradora y respetuosa de las particularidades del microsistema, sin excluir los principios y las disposiciones del régimen general. Esta posición doctrinaria ha sido receptada tanto en la hermenéutica del Cód. Civ. y Com., como en pronunciamientos dictados por la Corte Suprema.

Va de suyo que una sociedad no puede desarrollarse adecuadamente sin un sólido sistema de seguro; y que este último tampoco puede tener lugar en un contexto donde reina la imprevisibilidad jurídica.

En razón de ello, deviene necesario e imperioso el dictado de pronunciamientos judiciales por parte de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, y los tribunales superiores de justicia de las provincias, de manera tal que brinde previsibilidad a los asegurables, aseguradores y todos los operadores del derecho respecto de los criterios empleados para la resolución de casos en los que, por ejemplo, el derecho del seguro y el derecho del consumo parecen disputarse la aplicación preeminente de sus preceptos.

A partir del análisis de un reciente fallo dictado por la Corte Suprema de Justicia de Santa

(*) Abogado egresado de la Facultad de Derecho (UNR); miembro de la comisión directiva de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros, rama nacional de la *Association Internationale de Droit des Assurances*; miembro de la comisión directiva del Instituto de Derecho del Seguro del Colegio de Abogados de Rosario.

Fe (1) relacionado con la imposibilidad de declarar abusivas las cláusulas que delimiten el objeto del contrato de seguro, analizaremos en el presente artículo cuál es el posicionamiento doctrinario del mencionado tribunal respecto de la resolución de conflictos en los que concurren disposiciones del microsistema de derecho del seguro y el de derecho del consumo; concluyendo que el criterio adoptado se encuentra en línea con la hermenéutica contenida en el Cód. Civ. y Com. y precedentes jurisprudenciales dictados por la CS; constituyendo un criterio que deberá ser observado por los juzgadores de inferior jerarquía.

II. El caso

El Sr. J. L. M. promovió ante el Juzg. Civ. y Com. 7ª Nom. de Rosario una demanda contra su asegurador con, base en el supuesto incumplimiento de contrato de seguro de *accidentes personales*, persiguiendo el cobro de la suma de \$55.000 a raíz de un siniestro acaecido en el mes de enero de 2011 que le produjo una incapacidad física parcial y permanente.

La aseguradora demandada opuso excepción de prescripción y subsidiariamente contestó demanda, reconociendo tanto el seguro contratado, como el siniestro ocurrido y la incapacidad del 7% que extrajudicialmente se dictaminó que padecía el asegurado; negándose a tener que abonar la suma reclamada.

El asegurador expuso que la póliza contratada cubría los riesgos de muerte, invalidez y asistencia médica y farmacéutica, con un máximo de suma asegurada de \$100.000, respectivamente; y una renta diaria por internación de \$100 durante un lapso de hasta treinta días.

Respecto de la asistencia médico-farmacéutica, reconoció haber brindado la atención médica correspondiente a través de sus prestadores.

En cuanto a la indemnización por incapacidad, sostuvo que la prestación por invalidez

debía graduarse según el porcentaje de incapacidad sobre la suma máxima asegurada, de acuerdo con la naturaleza y la gravedad de la lesión, de modo que a lo sumo —concluyó— correspondía abonar por tal concepto el importe de \$7.000 (7% de la suma de \$100.000 prevista para cubrir el 100% de capacidad).

En oportunidad de alegar sobre el mérito de la prueba, la parte actora sostuvo que la cláusula contractual de graduación de la prestación por invalidez era abusiva; solicitando en esta oportunidad que se aplique al caso el ámbito protectorio de la Ley de Defensa del Consumidor.

Así las cosas, pasaron los autos a resolución en primera instancia, mediante la cual el magistrado rechazó la defensa de prescripción e hizo lugar parcialmente a la demanda.

En primer lugar, el juez de inferior jerarquía descartó el análisis del planteo del accionante dirigido a tachar de abusiva —en los términos del art. 37 de la ley 24.240— a la cláusula contractual de graduación de la prestación por invalidez; ello en el entendimiento de que tal postulación había sido introducida tardíamente por el interesado.

Finalmente, resolvió que, a tenor de la pericial médica producida en autos a instancias de ambas partes, el actor presentaba una incapacidad parcial y permanente del 12% como secuela de la lesión indiscutidamente sufrida en el siniestro —esguince de rodilla izquierda con ruptura del ligamento cruzado anterior y menisco—.

Destacó que el demandante no había logrado justificar la cuantía pretendida de \$55.000, ni había indicado elementos objetivos que pudieran servir de base a tal determinación; concluyendo que la indemnización debía ajustarse a las condiciones establecidas en la póliza, en especial las invocadas por la aseguradora; de manera que, atendiendo a la incapacidad padecida —del 12%— y a la suma asegurada por riesgo de invalidez —que ascendía a \$100.000—, la indemnización adeudada contractualmente es la de \$12.000, más intereses desde la fecha del siniestro hasta el pago.

Ante el decisorio el actor mediante recurso de apelación se alza ante la sala II de la Cámara

(1) CS Santa Fe, 08/07/2020, "Messineo, José L. c. Federación Patronal Seguros - cobro de pesos s/ recurso de inconstitucionalidad", SAIJ 20090248, AR/JUR/37505/2020, magistrados: Mario L. Netri, Daniel A. Erbetta, María Angélica Gastaldi, Rafael F. Gutiérrez, Eduardo G. Spuler; disponible en <http://bdj.justiciasantafe.gov.ar/>.

de Apelaciones en lo Civil y Comercial de Rosario, abocándose esta a resolver en primer lugar si por aplicación el principio *iura novit curia* se podía establecer el marco normativo aplicable a la plataforma fáctica expuesta en la demanda; y en su caso, si resultaba procedente aplicar al caso normas de la LDC, aun cuando ellas no habían sido ventiladas por el actor en su demanda.

En relación, los vocales —tras declarar enrolarse en la posición doctrinaria que sostiene a la aplicación preeminente de las reglas del régimen especial por sobre las normas del régimen general— sostuvieron que “en el ámbito del seguro no se excluye totalmente la aplicación de la LDC, pero queda circumscripita a situaciones excepcionales donde exista una clara colisión entre la solución brindada por la normativa específica y los principios basales de la tutela del consumidor” (2).

Agregaron que, cuando el contrato de seguro configura una relación de consumo, las disposiciones de la ley 24.240 se integran con las normas especiales (ley 17.418), pudiendo las normas del régimen consumeril ser aplicadas de oficio en atención a revestir carácter de orden público (art. 65) y por imperio del principio *iura novit curia*.

En segundo lugar, la Alzada se dedicó a resolver si la cláusula quinta de las condiciones generales comunes y de las condiciones específicas de invalidez de la póliza de seguro de accidentes personales violaba o no el régimen jurídico vigente.

Contrariamente a lo establecido por el juez de primera instancia, la sala entendió que las postulaciones vertidas por el actor en su alegato de ningún modo alteraban la plataforma fáctica del litigio y que, por tanto, correspondía analizar si la cláusula de graduación prestacional invocada por la demandada desnaturalizaba sus obligaciones, para luego concluir que, en el caso y a la luz de la Ley de Defensa del Consumidor (art. 37), tal estipulación devenía abusiva.

(2) Del voto del Dr. Puccinelli, CCiv. y Com. Rosario, sala II, “Bernezar, Romina G. c. La Caja Compañía de Seguros s/ cumplimiento contractual”, CUIJ 21-01601861-6, ac. 373/18.

Concretamente, la cláusula bajo análisis reza: “[S]i el accidente causare una invalidez permanente determinada con prescindencia de la profesión u ocupación del asegurado, el asegurador abonará al asegurado una suma igual al porcentaje, sobre la suma asegurada indicada en las condiciones particulares y/o en el certificado de incorporación según corresponda, que corresponda a la naturaleza y gravedad de la lesión sufrida”.

Al respecto, la alzada expresó que, si bien entendía que “dicha cláusula en el contexto de un contrato paritario, no admitiría entrar a la discusión de su validez al tratarse de una convención que limita la responsabilidad a un porcentaje del monto total de la indemnización que se calcula en una relación directa con el grado de incapacidad que se otorgue, en principio en la esfera de disponibilidad de las partes. Sin embargo, al amparo de la especial tutela de la LDC, la aplicación de la disposición aludida en el caso de autos viene fulminada por constituir una cláusula abusiva”.

Asimismo, el tribunal de alzada agregó que, si bien la cláusula en cuestión estaba orientada a limitar la responsabilidad de la aseguradora, la manera en que lo hacía desvirtuaba el sinalagma contractual, entendiendo que mediante la sujeción de la prestación por invalidez al cálculo porcentual fijado para ese rubro se arribaba a un resultado indemnizatorio desproporcionado, en tanto este no guardaba relación con el daño por incapacidad realmente sufrido por el actor a raíz del siniestro. De este modo, consideró que el caso concreto debía prescindirse de dicha regla porcentual y tomar como único tope la suma asegurada de \$100.000, ordenando mediante acuerdo unánime revocar parcialmente la sentencia de primera instancia y elevar la condena de capital a la suma de \$55.000, por resultar dicho monto ajustado a derecho al corresponderse con el valor generalmente asignado al punto de incapacidad en la jurisprudencia de los tribunales colegiados de responsabilidad extracontractual al tiempo de la demanda para el grado de 12% de incapacidad que surgía de la pericial no cuestionada.

Contra el fallo de segunda instancia interpone la aseguradora demandada recurso de inconstitucionalidad con fundamento en el art. 1º, inc.

3º, de la ley 7055, tachándolo de arbitrario y lesivo de sus derechos fundamentales de defensa en juicio y de propiedad.

Entre los agravios, además de considerar que la Cámara de Apelaciones incurrió en arbitrariedad al aplicar oficiosamente la normativa consumeril, la recurrente sostuvo que la declaración de abusividad de la cláusula de limitación de responsabilidad en los términos del art. 37 de la ley 24.240 constituyó una afirmación meramente dogmática que violaba los principios y reglas propias del seguro, en tanto que el límite de cobertura guardaba directa relación con el riesgo asegurado y la ecuación económica del contrato; mal pudiendo interpretarse que el mencionado límite de cobertura resultase desproporcionado, en tanto que además guardaba estricta relación con la prima abonada.

Habiéndose evacuado el traslado respectivo, la alzada denegó la apertura de la vía intentada, dando lugar a la presentación por parte de la impugnante de un recurso de queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad por vía directa ante la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe, la que fue admitida mediante pronunciamiento de fecha 17/12/2019 (3).

III. Resolución de la Corte Suprema de la provincia de Santa Fe

Concedido el recurso, en fecha 21/07/2020 el superior tribunal provincial dictó pronunciamiento admitiendo el remedio recursivo, tras señalar que, si bien los reproches de la recurrente remiten al examen de cuestiones de hecho y de derecho común y procesal, materias propias de los jueces de la causa y como reglas ajenas a la instancia excepcional, tal principio debe ceder cuando lo resuelto importe arbitrariedad, como aconteció en el *sub iudice*.

Sostiene el superior tribunal que —aun suponiendo que el seguro de accidentes personales (arts. 149 y ss., ley 17.418) ha configurado una relación de consumo, e incluso en la hipótesis de admitirse que los tribunales se hallen habilitados para controlar de oficio la abusividad de

las cláusulas insertas en los contratos de consumo en ausencia de petición oportuna de parte— el tribunal de segunda instancia incurrió en defectos de motivación al juzgar que la cláusula de graduación de la prestación por incapacidad debía ser alcanzada por la sanción prevista en el art. 37 de la ley 24.240.

Tras recordar que los sentenciantes señalaron que la cláusula de cálculo porcentual de la prestación prometida por riesgo de invalidez desvirtuaba el sinalagma contractual porque, a su modo de ver, su aplicación producía un resultado pecuniario que no guardaba proporción con la incapacidad padecida por el actor a raíz del hecho siniestral, teniendo en consideración el principio de reparación integral y lo generalmente decidido por la jurisprudencia del derecho de daños en punto a la cuantificación de dicho rubro indemnizatorio; el superior tribunal rechazó el argumento, con basamento en que tal conclusión de la alzada deviene errónea como consecuencia de haber enfocado la obligación contractual de pago de la prestación a cargo de la compañía de seguros con la óptica de la función resarcitoria del derecho de daños y no desde la óptica contractual.

Al respecto, el superior tribunal expresó que “cabe poner de resalto que la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente contractual, y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro, que rige la relación jurídica entre los otorgantes (arts. 207 Cód. Com., 1137 y 1197, Cód. Civ.; arts. 957 y 959, Cód. Civ. y Com.); de tal manera, la simple pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato carece de fuente jurídica que la justifique (Fallos 337:329; 340:765).

“En otras palabras, la obligación de indemnizar del asegurador no tiene por causa haber producido un perjuicio, sino un contrato por el cual se aceptó cubrirlo en la eventualidad de ocurrir un hecho dañoso descripto en el mismo negocio y con la extensión allí establecida; y, como correlato de ese riesgo asumido, de su delimitación y del límite pecuniario de la prestación que el asegurador promete para el supuesto de

(3) CS Santa Fe, "Messineo, José Luis c. Federación Patronal Seguros - Cobro de s/ queja por denegación de recurso de inconstitucionalidad", 17/12/2019.

acaecimiento del siniestro, surgirá el precio que cobra o prima.

“En relación a la posibilidad de declarar abusivas las cláusulas del contrato de seguro la CS Santa Fe expresó como regla que si bien en general es posible apreciar el carácter abusivo de las cláusulas que integran el contenido negocial del contrato de seguro, como en cualquier contrato de adhesión o de consumo, en principio tal apreciación no podría estar referida a las estipulaciones que definan o delimiten de modo claro y comprensible el riesgo asegurado y el compromiso asumido por el asegurador, ya que cabría suponer que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima que el tomador acepta abonar (v. Stiglitz, ob. cit., ps. 245/246; v. tb. Stiglitz, Rubén S. y Stiglitz, Gabriel A., ‘Contratos por adhesión, cláusulas abusivas y protección al consumidor’, La Ley, 2012, 2ª ed., p. 320)”.

Como excepción, señaló la CS Santa Fe que las mencionadas cláusulas podrían ser declaradas abusivas, “si de la propia relación entre precio y servicio se manifieste como el resultado de prácticas violatorias de los estándares constitucionales de protección de los consumidores, tales como el derecho a la libertad de elección, a recibir un trato equitativo y digno, a la protección de sus intereses económicos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, etcétera (art. 42, CN; cfr. Lorenzetti, Ricardo R., ‘Código Civil y Comercial de la Nación comentado’, Rubinzal-Culzoni, 2015, t. VI, ps. 310-311; Rivera, Julio C. y Medina, Graciela, ‘Código Civil y Comercial de la Nación comentado’, La Ley, 2014, t. III, p. 778)”.

Concretamente en el caso, recriminó al tribunal inferior haber declarado abusiva la cláusula en cuestión, sin haber verificado “si su redacción literal era clara o se prestaba a confusión e indagar si, a partir de su confrontación con los datos obrantes en autos inherentes a la ecuación económico-financiera del contrato —en especial el monto de la prima pagada por el seguro— y demás información relacionada con el contexto y la finalidad del negocio, era posible colegir un desequilibrio significativo entre las partes o una marcada desnaturalización de las obligaciones asumidas, al punto de tornar verdaderamente irrazonable el intercambio prestacional”.

Finalmente reprochó que “un análisis de tal tenor fue omitido en la sentencia que se propuso abordar la cuestión, llegándose así a privar de efectos al tope de cobertura convenido con apartamiento de la normativa aplicable y con remisión a principios ajenos al caso —tales como el supuesto resguardo a la víctima y la reparación integral del daño—; déficit que connota arbitrariedad al importar un claro apartamiento de los cánones de fundamentación exigibles”.

En función de lo expresado la CS Santa Fe unánimemente ordenó declarar procedente el recurso de inconstitucionalidad interpuesto y, en consecuencia, anular la sentencia impugnada con base en la ley 7055 (art. 1º, inc. 3º), desde que las carencias apuntadas son suficientes para evidenciar que lo decidido no reúne las condiciones mínimas necesarias para satisfacer el derecho a la jurisdicción que acuerda la Constitución provincial (art. 95, Const. prov.); y remitir en consecuencia los autos al tribunal subrogante que corresponda para que juzgue nuevamente la causa.

IV. ¿Derecho del seguro vs. derecho del consumo? Análisis de la problemática

La posición doctrinaria que se adopte respecto de la relación existente entre el sistema normativo general y el microsistema jurídico del derecho del seguro tendrá directa incidencia en las results de los pronunciamientos judiciales que sobre la materia se dicten en las distintas jurisdicciones.

Una corriente doctrinaria que podríamos denominar *reduccionista* —actualmente superada— consideraba al derecho del seguro como un microsistema jurídico autónomo regulado por unas pocas leyes (17.418, 20.091, 22.400, 12.988, etc.). que lo dotaban de una autosuficiencia tal que lo volvían prácticamente impermeable a los principios y disposiciones del régimen general (ley 24.240, LDC).

Esta posición doctrinaria infructuosamente postulaba que los conflictos debían resolverse solo a la luz de la normativa del régimen especial, negando así la aplicación e influencia en el microsistema de leyes amplíen el ámbito protectorio, por ejemplo, la Ley de Defensa del Consumidor.

En el otro extremo, otra posición doctrinaria que podríamos llamar *negacionista*, en desconocimiento de que el dictado de un microsistema jurídico responde a la necesidad captada por el legislador de reglar situaciones que en razón su especificidad merecen un tratamiento distinto al otorgado por las normas contenidas en el régimen general; considera el microsistema de derecho de seguros prácticamente derogado o relegando, bien sea ante normas protectorias dictadas con posterioridad, u otras que se consideran derivadas de principios protectorios con jerarquía constitucional (art. 42, CN); desconociéndose así los principios y los elementos esenciales que motivaron el dictado del microsistema.

Como un péndulo, se observan asiduamente pronunciamientos judiciales cuyos sustentos se balancean de una posición doctrinaria a otra, adoptando soluciones disímiles y en ocasiones injustas.

Ejemplo de ello lo constituyen numerosos pronunciamientos judiciales que, en total inobservancia a las reglas específicas del microsistema (p. ej., equilibrio sinalagmático prima/riesgo) condenan al asegurador en exceso del riesgo asumido en el contrato por el cual percibió la prima correspondiente; afectando de esta manera no solo al asegurador, sino también a la mutualidad de asegurados, y con ellos, al normal desarrollo de la actividad aseguradora.

Esta disonancia entre posiciones doctrinarias extremas que se traducen en pronunciamientos judiciales antagónicos a nuestro criterio es el reflejo de la incorrecta resolución de las permanentes tensiones derivadas de la coexistencia entre los sistemas y microsistemas jurídicos.

Enseña la Dra. Noemí Nicolau que “un sistema jurídico es un todo ordenado e interrelacionado, para la realización de un determinado objeto: la justicia. En él se encuentran los subsistemas: las ramas, en las que también es posible encontrar diversas partes, relacionadas entre sí para la realización más concreta de la justicia particular (para el comerciante, el obrero, el delincuente, el administrado). Y, por último, están los microsistemas, pequeños conjuntos de normas que, sin demasiado orden ni relación entre sí, tratan de realizar una justicia todavía más

concreta y particular, para sectores aún más determinados (el consumidor, el dañado, el locatario, el asegurado)” (4).

En el sistema, las normas tienden a ser más generales y abstractas, teniendo vocación de perpetuidad. En cambio, en el microsistema, tienden a ser específicas, en cuanto están destinadas a un sector determinado y para reglar situaciones particulares, en busca de una justicia más concreta.

Los microsistemas —que si bien formalmente pueden estar contenidos en una ley especial o en un conjunto de ellas— tienen la particularidad de no obedecer a los mismos principios que los Códigos, ya que son sancionados precisamente porque para la materia particular de que tratan se requieren nuevas soluciones diferentes de las que podían derivarse de esos principios (5).

El problema para resolverse será el de la coordinación en el caso concreto, de los principios y soluciones del sistema con los principios y soluciones que otorgan los microsistemas, sin pretender reducir la solución de la problemática a uno, ni negar la existencia del otro.

Como advierte la prestigiosa autora, el jurista —y, agrego, el juzgador— “no debiera olvidar nunca que sus objetos de estudio (la protección del consumidor, el seguro, la locación, la responsabilidad civil) son pequeños sistemas, solo un punto en el subsistema del derecho civil o el derecho comercial, uno de tantos subsistemas del derecho privado, pequeña parte del sistema jurídico” (6).

Consecuentemente, cuando se ignora por ejemplo que un microsistema es solo eso, pretendiendo emplazárselo en el lugar del sistema (tal como en derecho de seguros lo hacía la corriente doctrinaria *reduccionista*); o bien cuan-

(4) NICOLAU, Noemí, “La tensión entre el sistema y el microsistema en el derecho privado”, *Revista Estudios del Centro*, UNR, Facultad de Derecho, Centro de Investigaciones en Derecho Civil, nro. 2, 1997, p. 80.

(5) SOZZO, Gonzalo, “El diálogo de fuentes en el derecho del consumidor argentino”, RDD 2017-1, “Consumidores” Ed. Rubinzal-Culzoni, julio de 2016, p. 250.

(6) NICOLAU, Noemí, ob. cit., p. 81.

do se desconoce la existencia y finalidad del microsistema (tal como en derecho de seguros lo hace la corriente doctrinaria *negacionista*) se producen tensiones que lamentablemente derivan en soluciones que atentan contra el valor justicia, en tanto que los pronunciamientos se basan en argumentaciones que en nada se conciben con el orden, razonabilidad y coherencia que debe primar en un sistema de derecho entendido como un todo orgánico.

V. Solución legislativa y criterio jurisprudencial de la Corte Suprema de Santa Fe

Como síntesis superadora de los extremos representados por ambas corrientes doctrinarias y cuyo origen deviene de las tensiones entre los principios y normas del sistema y del microsistema jurídico, —conforme se desprende del criterio jurisprudencial contenido en el fallo en comentario— consideramos que el *diálogo de fuentes* es una herramienta conducente para lograr la integración coherente y armoniosa entre las diversas disciplinas (p. ej., derecho de seguros y derecho del consumo).

Al respecto, el Cód. Civ. y Com. en su título preliminar impone al operador de derecho la obligación de recurrir al diálogo de fuentes, eliminando nuestro legislador cualquier posibilidad de interpretación aislada de las normas comprendidas en los microsistemas jurídicos existentes, debiendo ellas ser interpretadas sistémica y armónicamente con el resto del plexo normativo.

Como señala el Dr. Lorenzetti respecto de los fundamentos de su sanción —y en línea con lo señalado por la Dra. Nicolau, “un Código del siglo XXI se inserta en un sistema caracterizado por el incesante dictado de leyes especiales, jurisprudencia pretoriana y pluralidad de fuentes. La relación entre un Código y los microsistemas jurídicos es la del sol que ilumina a cada uno de ellos y los mantiene dentro del sistema” (7).

Es decir, que tal como los planetas no pueden escaparse del sol atento a la fuerza gravitacional que este último ejerce sobre ellos, tampoco los microsistemas jurídicos podrán escaparse de

los principios y disposiciones contenidos en el Cód. Civ. y Com. sin que ello implique la pérdida de la especificidad de cada microsistema, que, sin ser alterado, se regirá subsidiariamente por la ley general.

Conforme a la hermenéutica receptada por nuestro Cód. Civ. y Com., el microsistema ejerce influencia en el macrosistema en el cual se haya inserto respecto de aquellas cuestiones reguladas por aquel y que resultan de su ámbito de aplicación; y el macrosistema coopera cuando existen lagunas e insuficiencia normativa del primero (8).

Entre sistema con los microsistemas y los microsistemas entre sí, debe primar un diálogo de fuentes reglado, coherente y respetuoso.

El espíritu que motivó al legislador puede también extraerse de la exposición de motivos del nuevo Código que señala: “El vínculo del Código con otros microsistemas normativos autosuficientes es respetuoso. Es decir, se ha tratado de no modificar otras leyes, excepto que ello fuera absolutamente necesario. Es inevitable una reforma parcial de la Ley de Defensa de Consumidores, a fin de ajustar sus términos a lo que la doctrina ha señalado como defectuoso o insuficiente. También ha sido inevitable una reforma parcial a la ley de sociedades, para incorporar la sociedad unipersonal y otros aspectos también surgidos por la doctrina. En otros casos se incorporan las leyes con escasas modificaciones, como ocurre, por ejemplo, con las fundaciones y el leasing. Finalmente, en otros, no hay ninguna modificación, como sucede con la ley de seguros o de concursos y quiebras” (9).

Para el supuesto de colisión entre normas contenidas en el Cód. Civ. y Com. y normas contenidas en las leyes especiales, el art. 963 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Prelación normativa. Cuando concurren disposiciones de este

(7) LORENZETTI, Ricardo L., “Introducción, Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2014, 1ª ed., p. 9.

(8) ARIAS, María Paula, “La tutela jurídica del contratante débil no consumidor en la formación del consentimiento”, en HERNÁNDEZ, Carlos A. (dir.), *Dossier: Derecho del consumidor*, JS 2016-IV, fasc. nro. 5, Buenos Aires, 02/11/2016, p. 48.

(9) Proy. Cód. Civ. y Com. Mensaje del Poder Ejecutivo Nacional 884/2012, Infojus, Buenos Aires, 2012, 1ª ed., ps. 527, 528.

Código y de alguna ley especial, las normas se aplican con el siguiente orden de prelación: a) normas indisponibles de la ley especial y de este Código; b) normas particulares del contrato; c) normas supletorias de la ley especial; d) normas supletorias de este Código”.

Conforme señala el ilustre maestro Rubén S. Stiglitz, las normas indisponibles o imperativas son las “examinadas como requisito de estructura del negocio, referentes al consentimiento y sus vicios. También lo son aquellas normas reguladoras del contenido esencial del tipo contractual, de suerte tal que la eficacia de la operación jurídica considerada se halla subordinada a la ejecución de las obligaciones que corresponden al tipo. Lo que se quiere significar es que el negocio típico seleccionado por las partes nacerá como tal, en la medida en que los sujetos lo conciben conforme a la regulación especial, de manera que si los particulares se apartan de la regulación específica carecerá de eficacia ‘el’ contrato típico tal como las partes lo han querido, pero conservará en plenitud los efectos relativos tal vez a otro contrato típico o a un contrato atípico” (10).

Destaca el autor la necesidad de dejar en claro que las normas regulatorias son imperativas en tanto y en cuanto las partes pretendan crear el tipo propuesto; dado que de lo contrario estaríamos ante un contrato distinto.

La integración respetuosa entre el microsistema del derecho de seguros y el derecho del consumo, y la de estos con las reglas contenidas en el sistema, surge además del art. 3º de la LDC, que establece que “las disposiciones de esta ley se integran con las normas generales y especiales aplicables a las relaciones de consumo”; y —en concordancia con lo establecido en el título preliminar del Cód. Civ. y Com.— también se encuentra prevista en el art. 28 del Proyecto de Código de Defensa de las y los Consumidores (11).

(10) STIGLITZ, Rubén S., en LORENZETTI, Ricardo L. (dir.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, t. V, 1ª ed., p. 558.

(11) Proyecto presentado por el diputado nacional José Luis Ramón, con ingreso en la Cámara de Diputados de la Nación y que tramita con el nro. 1898-D-2021.

La hermenéutica ordenada por el Cód. Civ. y Com. fue correctamente aplicada por la CS Santa Fe en el caso de marras, en tanto que —como observaremos— a través de un diálogo armonioso de los sistemas arribó a una solución coherente e integradora de las reglas del microsistema de derecho del seguro y del consumo.

En relación, cabe preguntarse: ¿pueden ser declaradas abusivas las cláusulas que delimitan el riesgo en un contrato de seguro?

El art. 37 de la ley 24.240 —vigente al momento del siniestro— establecía que, sin perjuicio de la validez del contrato, se tendrán por no convenidas las cláusulas que desnaturalicen las obligaciones o limiten la responsabilidad por daños; las que importen renuncia o restricción de los derechos del consumidor o amplíen los derechos de la otra parte; o las contengan cualquier precepto que imponga la inversión de la carga de la prueba en perjuicio del consumidor.

Sobre la base del marco regulatorio habido antes de la sanción del Cód. Civ. y Com., se verificaron numerosos pronunciamientos judiciales que forzaban la aplicación de los principios y normas propias del régimen consumeril a situaciones exorbitantes al régimen protectorio, tal como sucedió en caso de marras, debido a que el Sr. Messineo era un herrero que decidió cubrir contingencias personales derivadas de su trabajo, y si bien adhirió a un contrato con cláusulas predispuestas, claramente no era un consumidor. Por ello, la SC Santa Fe resolvió el caso “suponiendo que se acepte que el seguro de accidentes personales ha configurado una relación de consumo”, dejando así en claro que la solución hubiera sido la misma, se aplique o no el régimen tuitivo del consumidor.

Vale aclarar que a partir de la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. el 1 de agosto de 2015 ya no es necesario forzar los conceptos, en tanto que, a raíz del acertado establecimiento de una fractura tripartita del tipo contractual, los contratos paritarios (arts. 597 y ccds., Cód. Civ. y Com.) se diferencian de los celebrados por adhesión (arts. 844 y ss., Cód. Civ. y Com.) y los de consumo (arts. 1092 y ss., Cód. Civ. y Com.).

Sin ser propósito de este trabajo agotar la temática, el régimen actual de cláusulas abusivas

se encuentra previsto tanto para contratos celebrados por adhesión como para contratos de consumo. En relación con los primeros, el art. 988 del Cód. Civ. y Com. establece que se tendrán por no escritas las cláusulas que desnaturalizan las obligaciones del predisponente; las que importan renuncia o restricción a los derechos del adherente, o amplían derechos del predisponente que resultan de normas supletorias; o las que, por su contenido, redacción o presentación, no son razonablemente previsibles; no obstante la aprobación administrativa al control judicial (art. 988, Cód. Civ. y Com.).

Conforme a lo normado por el art. 1117, el mencionado régimen de protección es aplicado también a los contratos de consumo, definiendo el art. 1119 de que “es abusiva la cláusula que, habiendo sido o no negociada individualmente, tiene por objeto o por efecto provocar un desequilibrio significativo entre los derechos y las obligaciones de las partes, en perjuicio del consumidor”; pudiendo ser declaradas abusivas en esta clase de contratos aun cuando sean negociadas individualmente o aprobadas expresamente por el consumidor, dado que lo que prima es el orden público.

En lo que al régimen especial de derecho de seguros refiere, el riesgo (objeto), junto con el consentimiento y el interés asegurable (causa), constituyen los elementos estructurales o esenciales del contrato de seguro, de manera que de faltar alguno de ellos se afectaría la existencia y validez del contrato. En tanto objeto, el riesgo se encuentra individualizado desde la etapa constitutiva del contrato, siendo delimitado *causal, temporal, espacial y cuantitativamente*.

Señala la Dra. María Fabiana Compiani que “la delimitación del riesgo asegurado se distingue claramente de las cláusulas limitativas de los derechos de los asegurados. La delimitación del riesgo precede al nacimiento de los derechos y obligaciones de las partes. Comprende la individualización y determinación de la base del riesgo asegurado y la fijación de los límites económicos, como franquicias, descubiertos, sumas aseguradas. Hace al objeto del contrato.

“En cambio, las cláusulas limitativas, tanto las exonerativas (que eliminan totalmente la responsabilidad), como las limitativas pro-

piamente dichas (solo lo hacen parcialmente), evidencian el propósito de liberar o atenuar la responsabilidad del asegurador y, consecuentemente, del derecho a obtener la indemnidad por el asegurado o el pleno resarcimiento del daño, por el tercero. Se aplica en la etapa de los efectos del contrato” (12).

“Las cláusulas limitativas de responsabilidad pueden ser declaradas abusivas, en tanto importen un desequilibrio significativo en perjuicio del asegurado consumidor. En cambio, no correspondería tal declaración por exclusiones de cobertura, que integran el contenido del contrato, y por ende, fueron originadas en la materia negocial entre las partes que la contratan” (13).

En la misma línea de pensamiento el Dr. Rubén S. Stiglitz expresa que “la delimitación del riesgo es tema que integra el objeto del contrato. De modo que, a través de la individualización y la determinación de aquel, se limita la extensión de la garantía asegurativa. O sea que, las descripciones positivas o los supuestos de exclusión implícita o expresa de cobertura acotan el objeto del contrato o, si se prefiere, se trata de hipótesis que carecen de garantía desde la etapa constitutiva del contrato.

“De ello se desprende que la delimitación del riesgo, por ser objeto del contrato, jamás puede ser considerada una cláusula abusiva ya que son las partes quienes acuerdan la materia sobre la que se contrata” (14).

Dicho de otra manera, solo puede ser declarada abusiva una cláusula que integre el contenido del contrato; como las cláusulas que delimitan causal, temporal, especial y cuantitativamente el riesgo no integran el objeto contractual, sino que solo lo delimitan o recortan;

(12) COMPIANI, María Fabiana, “La suma asegurada en el seguro contra la responsabilidad civil. El límite y su desconocimiento en decisiones judiciales”, 17/04/2017, disponible en <http://elseguroenaccion.com>; SCBA, 21/02/2018, “Martínez, Emir c. Boito, Alfredo A. s/ daños y perjuicios”.

(13) COMPIANI, María Fabiana “La transparencia en el contrato de seguro”, AR/DOC/3890/2017.

(14) STIGLITZ, Rubén S., “Derecho de seguros”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2016, 6ª ed. actualizada, t. I, p. 306.

no son en consecuencia pasibles de ser declaradas abusivas.

Con base en el riesgo limitado asumido por el asegurador, el tomador paga la prima correspondiente, verificándose en la mencionada relación de correspondencia el equilibrio sinalagmático del contrato, que se alterará de no respetarse el plan prestacional previamente establecido.

En caso de siniestro, el asegurador deberá su prestación en la *medida del seguro*, que estará dada por la *relación prima-riesgo* habida al momento del siniestro.

Sin desconocer que los contratos de seguro son celebrados por adhesión a cláusulas generales predispuestas, revistiendo también en muchas ocasiones en carácter de contratos de consumo; la CS Santa Fe admite que la mencionada normativa de carácter netamente protectorio debe ser aplicada, aún de oficio, a los contratos de seguro, quienes no están exentos de contener cláusulas abusivas; con la salvedad de que “en principio tal apreciación no podría estar referida a las estipulaciones que definan o delimiten de modo claro y comprensible el riesgo asegurado y el compromiso asumido por el asegurador, ya que cabría suponer que dichas limitaciones se tienen en cuenta en el cálculo de la prima que el tomador acepta abonar”.

Cabe destacarse que el mencionado criterio se encuentra además en línea con en el art. 1121, inc. a), del Cód. Civ. y Com. que establece que “no pueden ser declaradas abusivas las cláusulas relativas a la relación entre el precio y el bien o servicio procurado”.

Sin desconocer la preeminencia en la aplicación de las reglas del microsistema de derecho de seguros, en el fallo bajo comentario, la CS Santa Fe integra armoniosamente el derecho del seguro con el derecho del consumo, al establecer una excepción a la regla de relación entre el precio y el bien como límite de declaración de abusividad de cláusulas; si es que de la mencionada relación se desprende una violación al núcleo duro de protección o tutela al consumidor, que goza de jerarquía constitucional (art. 43, CN).

El derecho a la libertad de elección, a recibir un trato equitativo y digno, a la protección de sus intereses económicos, a la defensa de la competencia contra toda forma de distorsión de los mercados, etc., constituyen derechos de jerarquía constitucional que en modo alguno colisionan con los principios y las reglas propias del microsistema de derecho del seguro, debiendo ser respetados.

Destaca la Dra. Compiani que el núcleo duro de tutela del contrato de consumo dentro del Código reporta el considerable beneficio de dar coherencia al sistema; produciéndose “una integración en una escala de graduación compuesta por: a) Los derechos fundamentales reconocidos en la CN; b) Los principios y reglas generales de protección mínima y el lenguaje común del Código; c) la legislación especial; siendo los dos primeros niveles son estables, mientras que el tercero es flexible y adaptable a las circunstancias cambiantes de los usos y prácticas” (15).

En consideración de las particularidades del tipo contractual específico y el negocio subyacente, y sin dejar de observar los principios y normas del régimen del derecho del consumo, mediante una adecuada aplicación del diálogo de fuentes la CS Santa Fe se alinea con la jurisprudencia dictada por la CS en el fallo “Flores” (16) que precisó que “la obligación del asegurador de reparar el daño tiene naturaleza meramente ‘contractual’, y si su finalidad es indemnizar al asegurado de los perjuicios sufridos por la producción del riesgo asegurado, su origen no es el daño sino el contrato de seguro. De tal manera, la pretensión de que la aseguradora se haga cargo del pago de la indemnización ‘más allá de las limitaciones cuantitativas establecidas en el contrato’ carece de fuente jurídica que la justifique y, por tanto, no puede ser el objeto de una obligación civil”.

El Dr. Carlos Facal atinadamente señala “que el contrato de seguros debe ser interpretado li-

(15) COMPIANI, María Fabiana “La transparencia en el contrato de seguro” TR LA LEY AR/DOC/3890/2017.

(16) CS, 06/06/2017, “Flores, Lorena R. c. Giménez, Marcelino O. y otro s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, AR/JUR/28172/2017, magistrados: Lorenzetti, Highton de Nolasco, Maqueda (en disidencia), Rosatti (en disidencia) y Rosenkrantz; SAJF FA17000027.

teralmente cuando sus términos son claros y no se prestan a confusión. Y esta norma vale tanto para los contratos de seguros ‘consumo’ como para los demás contratos de seguro celebrados por adhesión a cláusulas generales predisuestas, que no sean de consumo. Esta doctrina ha sido rotunda y recientemente ratificada por la Corte Suprema en el caso ‘Buffoni’ (Fallos 337:329), dictado el 08/04/2014, donde estableció que el asegurador no debe responder más allá de las condiciones pactadas en la póliza y recordó, enfáticamente, que los contratos son ley para las partes” (17).

En el fallo “Buffoni”, la CS ratificó el criterio de que una ley general posterior no deroga ni modifica una ley especial anterior; debiendo interpretarse que la ley general mantiene su aplicación, en tanto no desnaturalice ni contradiga las disposiciones contenidas en el régimen especial.

Consideramos que el fallo de la CS Santa Fe hizo justicia al nulificar por arbitrario el fallo de cámara que, inobservando las especificidades propias del contrato de seguro (relación prima-riesgo habida al momento del siniestro) alteró el equilibrio sinalagmático, reduciendo así al contrato de seguro a un mero mecanismo ilimitado de reparación de daños sin especificidades propias.

VI. Conclusiones

El diálogo armónico entre derecho del seguro y el derecho del consumo no solo es posible, sino que además es necesario, obligatorio y fructífero.

La integración de ambos microsistemas impone el respeto del derecho a obtener del proveedor información adecuada y veraz, trato

equitativo y digno, libertad de elección y a todo cuanto derecho sea otorgado en beneficio de los consumidores, con los límites nacidos de las particularidades propias del contrato previstas por el microsistema de derecho de seguros.

A la hora de resolver un conflicto en donde concurren normas del microsistema de derecho de seguros y otras normas contenidas en el sistema de derecho u otro microsistema, por ejemplo, derecho del consumo; no se debe adoptar ni una posición *negacionista*, pretendiendo dotar al derecho de seguro de una autosuficiencia que en realidad no posee, ni menos aún adoptar una posición *negacionista* que solo persiga anular o restar eficacia a las disposiciones de un régimen especial que —precisamente— fue previsto por el legislador excepcionalmente para regular situaciones particulares.

El derecho del consumo ha llegado a nuestro derecho a fin de ampliar —entre otros— el ámbito de protección de los derechos de los asegurables. Negar su aplicación al derecho de seguros constituye un argumento estéril, como el forzar los preceptos del régimen consumeril para pasar por alto las especificidades y principios propios que caracterizan a los demás microsistemas.

El fallo “Messineo” dictado por la SC Santa Fe, en línea con los fallos “Buffoni” y “Flores” dictados por la CS y la hermenéutica ordenada por el legislador conforme lo establece el Cód. Civ. y Com., se sustenta en una posición doctrinaria que podríamos denominar *ecléctica*, en tanto que recurre al diálogo de fuentes como una herramienta integradora de una solución armónica y coherente entre la preeminente observancia a las especificidades del microsistema jurídico y las demás disposiciones contenidas en el ordenamiento normativo; criterio que por cierto, sin ser obligatorio, constituye un valioso precedente que deberá ser tenido en miras a la hora de resolver por los tribunales de inferior jerarquía.

(17) FACAL, Carlos J. M., “¿Puede declararse abusiva una cláusula de un contrato de seguros que delimita el riesgo asumido por el asegurador?”, LA LEY de 28/06/2018, AR/DOC/1157/2018.

Dirección del proceso

Miguel A. Piedecasas (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Concepto.— III. Calificación jurídica.— IV. Incumplimiento de la carga.— V. Reconocimiento de la responsabilidad por la aseguradora.— VI. Carácter de las normas que lo regulan.— VII. Secuencia práctica.— VIII. Relación aseguradora, asegurado, abogada/o.— IX. Deber de información.— X. Límite de la suma asegurada.— XI. Franquicia.— XII. Depósito en pago.— XIII. Regla proporcional.— XIV. Medidas cautelares.— XV. Conflicto de intereses.— XVI. Conducta del asegurado.— XVII. Honorarios de la abogada/o.— XVIII. Obligación legal autónoma.— XIX. Acción directa.— XX. Daño punitivo.— XXI. Conclusiones.

I. Introducción

La temática referida a la dirección del proceso en el ámbito del seguro de responsabilidad civil requiere de un abordaje que contemple los distintos aspectos que se encuentran involucrados en su análisis.

Tiene base normativa en la ley 17.418 (aunque ello es puesto en duda por algunos autores), se expresa en la fórmula contractual (de adhesión) del contrato de seguro (donde hay variantes según sea paritario o de consumo), proyecta sus efectos en el proceso judicial y genera controversias que refieren; a) al seguro contratado (límite de la suma asegurada, franquicia, regla proporcional), b) a los deberes contractuales genéricos (deber de información, cláusulas abusivas), c) al contrato de mandato en virtud del vínculo entre la aseguradora, asegurado/a y los letrados designados (leyes arancelarias y contratos conexos) y d) algunas situaciones que hacen aplicable el estatuto de los/las consumidores (daño punitivo), entre otras cuestiones.

Nuestra intención es partir de la base normativa directa o indirecta, para luego transitar lo establecido contractualmente, identificando

sus implicancias procesales y especificando el tratamiento de algunas situaciones conflictivas que han merecido pronunciamiento jurisprudencial y doctrinario (1).

II. Concepto

Cuando nos referimos a la “dirección del proceso” en el ámbito del seguro de responsabilidad civil, pretendemos identificar aquel instituto a través del cual se lleva adelante la representación judicial (comprendiendo las tratativas extrajudiciales y mediación) del asegurado/a, en el ámbito del proceso de responsabilidad civil en el cual puede estar (o no) integrada la aseguradora (en virtud de la citación en garantía) y a través del que se cumplen los actos procesales esenciales y de trámite que hacen a la defensa jurídica (civil, penal) definiendo técnicamente la táctica (método o sistema para ejecutar o conseguir algo) y la estrategia (reglas que buscan una decisión óptima en cada momento), frente al reclamo judicial del tercero damnificado y que materializa el derecho constitucional de defensa (con sujeción al debido proceso) del eventual responsable (titular del interés asegurable); en cumplimiento de lo establecido en el contrato de seguro de responsabilidad civil (de adhesión; paritario o de consumo); para lo cual

(*) Abogado (UNL); notario (UNL); especialista en Derecho Comercial; magíster en Derecho Comercial; maestro en Derecho; doctor en Ciencias Jurídicas y Sociales (UNL); director de la Carrera de Martillero Público y Corredor de Comercio (UNL); profesor titular de Derecho Comercial; profesor titular de Derecho del Tránsito (UNL).

(1) Se aclara que solo trataremos liminarmente algunas de estas cuestiones seleccionadas al efecto y quedan para un análisis más completo y pormenorizado puntos de los que se ha prescindido y que hemos expuesto en otros artículos.

resulta esencial el cumplimiento cabal y adecuado del deber de información y de las reglas que rigen el procedimiento, la profesión y el mandato representativo (que une a la o el profesional con la aseguradora y el asegurado).

De manera tal que el concepto presupone distintos elementos y relaciones, entre los que se pueden señalar los siguientes: a) contrato de seguro de responsabilidad civil; b) reclamo de responsabilidad de un tercero damnificado respecto del asegurado/a; c) proceso judicial (concebido con amplitud, o sea comprendiendo el reclamo extrajudicial y la mediación); d) la integración al proceso de la aseguradora a través de la citación en garantía (consideración especial merece la obligación legal autónoma y la acción directa); e) contrato de mandato representativo (admitiendo la posibilidad de otra clase de relación cuando se actúa personalmente con patrocinio letrado); f) relación entre el profesional, la aseguradora y el asegurado/a, regidas por las normas sustanciales de los contratos conexos, normas procesales y arancelarias.

En doctrina se ha señalado que “[e]n el seguro de la responsabilidad civil se incluye la dirección del proceso que puede promover el tercero [art. 110, inc. a)], carga del asegurado que se completa con las prohibiciones de aceptar reclamaciones, o de realizar transacciones, o de reconocer indemnizaciones (art. 116). A la carga del asegurado corresponde la obligación del asegurador de asumir esa dirección: la ley 17.418 no lo dispone expresamente, pero resulta así de cuanto dispone sobre: 1) la función del seguro, art. 109; 2) la extensión de la obligación de indemnizar, art. 110, apart. a); 3) de las disposiciones complementarias de los arts. 115, 111, párrs. 2º y 3º; 116, párrs. 2º y 3º” (2).

“La carga de dirección del proceso en un sentido amplio, tiene por objeto que el asegurador asuma la gestión del siniestro desde que se verifica, lo que incluye la asistencia judicial al asegurado y una serie de cargas conexas como ser (a) la transmisión de piezas judiciales y (b) las contenidas en el art. 116-2, Ley de Seguros. En un sentido más restringido, consiste solo en dejar al asegurador la gestión de la litis promovi-

da por la víctima o sus causahabientes contra el asegurado” (3).

La temática ha sido abordada en profundidad por eximios autores en esta materia como Halperín, Morandi y Stiglitz, a cuyos estudios cabría remitir en su totalidad.

En este breve ensayo, se trata de identificar algunas cuestiones controvertidas y brindar una opinión liminar, que debe ser desarrollada en trabajos más profundos y extensos que el que nos ocupa.

III. Calificación jurídica

El instituto en análisis, resulta ser la expresión de una relación jurídica compleja, donde confluyen diversos contratos y regulaciones que le dan contenido y caracterización.

Se puede sostener su base normativa en los arts. 110 a 112 y 115 a 118 de la ley 17.418; así como en las normas del Cód. Civ. y Com. referidas al mandato y a los contratos conexos y leyes procesales y también las que regulan la profesión de abogados y abogadas y las arancelarias respectivas.

Tanto para la aseguradora como para el asegurado/a, se ha señalado que puede ser caracterizado como obligación, carga o derecho.

El punto de partida que debemos considerar es que estamos en presencia de la materialización del derecho de defensa del asegurado/a, por lo que ese desplazamiento de su ejercicio en concreto no puede perjudicar este derecho/garantía constitucional.

La ley o las partes pueden establecer procedimientos o mecanismos para la instrumentación o “modalidad” de su ejercicio, pero no perjudicar su sustancia.

Aquí tenemos que tener en cuenta que, conforme al sistema que se refleja a través de la citación en garantía, la acción y pretensión de responsabilidad se dirige contra el asegurado/a y no contra la aseguradora, la que podrá o no ser integrada al proceso.

(2) HALPERÍN, Isaac, “Seguros”, Ed. Depalma, Buenos Aires, 1986, t. I, p. 477.

(3) STIGLITZ, Rubén, “Derecho de seguros”, Buenos Aires, 2016, 6ª ed. act. y ampl., t. III, p. 1.

De manera tal que el derecho/garantía constitucional de defensa en juicio es del asegurado/a y no de la aseguradora.

Ahora bien, en virtud de un contrato y su reconocimiento legal, puede establecerse que ese ejercicio será asumido por la aseguradora o mantenido en la persona del asegurado/a.

Queda claro que, si es asumido por la aseguradora, debe ser a través de un ejercicio diligente, experto, adecuado, ya que está poniendo en juego un derecho constitucional de otra persona.

La aseguradora, conforme al contrato, puede asumir o declinar la defensa en juicio del asegurado, lo que la ubicaría, conceptualmente más cerca de una carga que de una obligación en sentido estricto.

La persona asegurada puede conceder o no la dirección del proceso a la aseguradora, por lo que también, desde su perspectiva puede ubicarse como carga.

Si ello fuere compartido, el paso siguiente es determinar las consecuencias del incumplimiento de esta carga, sobre lo que hay discrepancias que serán tratadas con autonomía, atendiendo a su relevancia.

Ahora bien, también se han manifestado otras posturas, respecto de la calificación jurídica y así tenemos que Halperín ha señalado que "la dirección del proceso es una obligación del asegurador; cualquiera que sea la redacción de la póliza [art. 110 inc. a)], excepto que se halle liberado (art. 114)" (4) y (5).

Stiglitz, por el contrario, se ubica dentro de aquellos que la consideran un derecho de la aseguradora, "[s]i es factible la renuncia, ello significa que nos hallamos ante un derecho, pues si la dirección del proceso se tratara de una obligación no sería posible que sea objeto de renuncia" (6).

(4) HALPERÍN, Isaac, ob. cit., p. 478.

(5) En su momento adherimos a esta postura en la obra "Régimen legal del seguro", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, Argentina, p. 367.

(6) STIGLITZ, Rubén, ob. cit., p. 32.

Simone, por su parte expresa que "[e]s conocida la obligación que tiene el asegurador por responsabilidad civil de tomar a su cargo la defensa en juicio de su asegurado responsable (...). Como consecuencia lógica de ese deber surge el paralelo derecho del asegurador de ejercer la 'dirección del proceso' judicial que se siga contra su asegurado" (7) y (8).

La dirección del proceso de responsabilidad civil, es una manifestación del derecho de defensa en juicio del asegurado, el que por una norma legal y/o contractual tiene la carga de otorgarlo a la aseguradora, quién a su vez tiene la carga de asumirlo y el incumplimiento de uno u otro, tendrá las consecuencias establecidas en la legislación o el contrato.

La carga puede ser definida como "la imposición de un comportamiento, como premisa para conseguir determinado efecto útil, que nace de un imperativo hipotético, ocurre que el sujeto no está verdaderamente obligado a ninguna cosa, pues la carga impuesta por la ley no es exigible ni coercible, dado que no tiene correlativamente un derecho subjetivo ajeno, ni la posibilidad de que se accione en juicio; pero si el sujeto quiere conseguir cierto efecto jurídico, tiene la necesidad de observar el comportamiento que impone la ley como carga sustancial, pues si no lo observa no consigue aquel determinante efecto útil" (9).

De manera tal que la dirección del proceso refiere al derecho constitucional de defensa en juicio del asegurado/a, que en cumplimiento de cargas recíprocas se desplaza su ejercicio a la aseguradora, el que será ejercido en el marco de las normas sustanciales y procesales por los abogados o abogadas que nomine la aseguradora para llevar adelante la representación o patrocinio del asegurado/a en el proceso judicial

(7) SIMONE, Osvaldo B., "Citación en garantía del asegurador: pruebas a cargo del asegurador y su derecho a la dirección del proceso", LA LEY, 1980-B, 20.

(8) Pueden verse diversas opiniones en MORANDI, Juan C. F., "Consecuencias para el asegurador derivadas de la dirección del proceso en el seguro de responsabilidad civil", RDCO 1973, año 6, ps. 77 y ss.

(9) FERNÁNDEZ, Raymundo L. - GÓMEZ LEO, Osvaldo R., "Tratado teórico práctico de derecho comercial", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1988, t. II, p. 2.

de responsabilidad civil promovido por el tercero reclamante.

IV. Incumplimiento de la carga

Partiendo de la base de considerar a la denominada “dirección del proceso” y lo que ella contiene e implica, como carga de ambas partes de base legal y contractual, cabe preguntarse por las consecuencias del incumplimiento de ella.

Soto, en referencia al deber de designar letrados apoderados a quienes indique el asegurador, lo que se encontraría comprendido en el objeto de la carga de “observar las instrucciones del asegurador” (arts. 72 y 73, LS), señala que el incumplimiento podría tener como consecuencia, la de liberar al asegurador de su obligación de indemnizar.

“Sin embargo, tratándose de una carga legal, con un régimen específico previsto en el ordenamiento jurídico, para que esta liberación se produzca, el incumplimiento de las instrucciones, además de obedecer a dolo o culpa grave del asegurado, debe provocar un agravamiento de la prestación indemnizatoria (art. 72, Ley de Seguros).

“En consecuencia, cuando el asegurado no designa letrados apoderados a quienes indique el asegurador, aun siendo esta indicación procedente, solo se producirá la caducidad del derecho del asegurado a ser indemnizado, cuando las sumas que deba desembolsar el asegurador sean mayores de lo que hubieran sido, de no haber mediado tal incumplimiento.

“Si la designación de letrados por el asegurado, desconociendo el derecho que al respecto le compete al asegurador, no perjudica su defensa, tal designación no provocará la caducidad del derecho del asegurado incumplidor” (10).

Stiglitz por su parte señala que “la inejecución de la carga genérica de dirección del proceso carece de caducidad de fuente normativa, por lo

que habrá de estarse a lo dispuesto por el art. 36 de la Ley de Seguros” (11).

Esta carga se ubica como “posterior al siniestro”, por lo que se encontraría alcanzada por el último párrafo del art. 36 de la LS.

De manera tal que la caducidad de los derechos del asegurado, debería: a) convenirse, b) obedecer el incumplimiento de la carga a culpa del asegurado/a, c) el incumplimiento debe influir en la extensión de la obligación asumida.

Interpretamos que solo libera a la aseguradora en la medida de la mayor responsabilidad que para ella se derive en virtud de ese incumplimiento culposos.

Contractualmente se ha establecido que en aquellos supuestos en los que el asegurado asuma su defensa en juicio sin darle noticia oportuna al asegurador para que este la asuma, los honorarios de los letrados que designe (el asegurado) quedarán a su exclusivo cargo.

Respecto de la aseguradora, perderá el derecho a nominar los letrados/as que el asegurado debe designar para que lo representen o patrocinen y todas las consecuencias que ello implique y no quedará desobligada del pago de los costos y costas judiciales, en la medida que ellos sean procedentes y a su cargo, si hubiera cumplido con la carga establecida.

V. Reconocimiento de la responsabilidad por la aseguradora

La asunción de la dirección del proceso por parte de la aseguradora genera diversos efectos, tanto para el asegurado/a como para la aseguradora.

El primero y más importante es un desplazamiento en el ejercicio del derecho de defensa técnica/jurídica del asegurado hacia la aseguradora; que a su vez origina diversas consecuencias entre las que se encuentra la designación por parte del asegurado/a de los/las profesionales que lo han de patrocinar o representar en juicio y que son establecidos por la aseguradora, debiendo (el asegurado/a) suministrarles sin

(10) SOTO, Héctor M., “La ‘dirección del proceso’ en el seguro de responsabilidad civil. Derecho del asegurado de designar sus letrados y obligación de la entidad aseguradora de pagar sus honorarios”, LA LEY, 2000-A, 1117.

(11) STIGLITZ, ob. cit., p. 2.

demora, todos los antecedentes y elementos de prueba de que disponga y otorgar en favor de los citados profesionales el poder para el ejercicio de la representación judicial, si correspondiere y a cumplir con los actos procesales que las leyes pongan personalmente a su cargo.

Respecto de la aseguradora, la asunción de la defensa en juicio civil o penal, importa la aceptación de su responsabilidad frente al asegurado, dentro de los límites legales y contractuales y esa garantía comprende la indemnización del daño hasta el límite de la suma asegurada, más los intereses y gastos y costas judiciales y extra-judiciales para resistir la pretensión del tercero.

La cláusula contractual, pretende una liberación de la responsabilidad de la aseguradora, en aquellos supuestos en que posteriormente tome conocimiento de hechos eximentes de su responsabilidad, en cuyo caso deberá declinar la cobertura y la defensa en juicio dentro de los cinco días hábiles de su conocimiento.

La validez de esta cláusula de liberación de responsabilidad debe ser analizada restrictivamente, en el marco de un contrato celebrado por adhesión o de consumo, cumplido el deber de información, en el marco del art. 1743 del Cód. Civ. y Com., y atendiendo a que hecho se está refiriendo, y si este ha sido conocido con posterioridad y cumpliendo con la debida notificación, de manera fundada, completa y precisa al asegurado, sin perjudicar su derecho de defensa en juicio y respondiendo para el supuesto de actuar sin el debido sustento legal en la declinación.

VI. Carácter de las normas que lo regulan

Puede prestarse conformidad con la postura que sostiene que la ley de seguros no contiene una disposición expresa que regule la carga de dirección del proceso, pero no quedan dudas de que ello surge implícitamente de diversas normas que se deben considerar a los fines de establecer la correspondencia o exceso de las cláusulas contractuales que reglamentan el instituto.

Las normas que consideramos relacionadas con este instituto son los arts. 110, 111 y 115 a 118 de la LS.

El art. 158 de la LS establece la categoría de las normas que contiene la ley de seguros: a) las que por su letra o naturaleza son total o parcialmente inmodificables, b) las que solo se pueden modificar a favor del asegurado, c) las que son libremente modificables.

Debe considerarse que, al tratarse de contratos celebrados por adhesión, se encuentran sujetos al control judicial de las cláusulas abusivas (arts. 988 y 989, Cód. Civ. y Com.) y en el caso que fueren calificados como seguros de consumo el régimen aplicable sería el previsto en los arts. 1117 a 1122 del Cód. Civil y 37 de la ley 24.240.

El art. 110 de la LS es considerado por el art. 158 LS como una norma que se puede modificar en favor del asegurado.

El art. 111 de la LS no es mencionado por el art. 158 de la LS, aunque podría ser considerado inmodificable en virtud de su letra o naturaleza (“se debe”, “reembolsará”, “debe pagarlos”, “se aplican aún”).

El art. 115 de la LS no es mencionado expresamente por el art. 158 de la LS, aunque puede ser considerado inmodificable por su letra o naturaleza (“debe denunciar el hecho”, “dará noticia inmediata”).

El art. 116 de la LS es considerado por el art. 158 de la LS como una norma modificable en favor del asegurado.

El art. 117 de la LS debe ser considerado una norma inmodificable por su naturaleza, ya que no se puede privar convencionalmente a la aseguradora de un derecho o facultad de base legal que le otorga legitimación propia para intervenir en causas administrativas o judiciales.

El art. 118 de la LS debe ser considerada una norma inmodificable por su letra y naturaleza, dentro de las categorías que establece el art. 158 de la LS.

Con base en esta caracterización, deben analizarse las cláusulas contractuales que reglamentan la dirección del proceso y que se relacionan con lo dispuesto en los arts. citados, para determinar su sentido y alcance y establecer si pueden configurar cláusulas abusivas por

apartarse del texto legal en los supuestos de las normas inmodificables o de aquellas que solo lo son a favor del asegurado.

VII. Secuencia práctica

Una cuestión que resulta de interés es establecer con base en las normas legales y cláusulas contractuales, la secuencia práctica (y su análisis) de lo que se entiende en sentido amplio como “dirección del proceso”.

El asegurado dará noticia inmediata al asegurador cuando el tercero haga valer judicialmente su derecho (art. 115, LS).

En caso de demanda judicial contra el asegurado, este debe dar aviso fehaciente al asegurador de la demanda promovida a más tardar al día siguiente hábil de notificados y remitir simultáneamente al asegurador, la cédula, copias y demás documentos objeto de la notificación (cláusula contractual usual).

En este supuesto se debe considerar que, si bien los reclamos extrajudiciales y la notificación de la mediación deben ser informados a la aseguradora, la norma legal refiere al reclamo judicial y en el mismo sentido se lo expresa en el contrato, con lo que tenemos una situación que puede considerarse no reglada, pero comprendida en el deber de comunicación del reclamo del tercero que pesa sobre el asegurado, aunque sin ninguna caducidad específica.

Otra de las cuestiones planteadas en referencia a este primer acto de la secuencia en análisis, es la exigüidad del plazo, el que es considerado “vejatorio” y además que resulta abusivo exigir por cláusula predispuesta que el anoticiamiento al asegurador lo sea por medio “fehaciente”, desnaturalizándose así la relación obligacional (12).

La explicación de este plazo reducido es que se encuentra corriendo el término para contestar la demanda y que además todavía existe la posibilidad de que el asegurador no asuma la dirección del proceso, por lo que cuanto antes se ponga en funcionamiento este mecanismo interno de noticia, asunción o declinación,

designación de profesionales, instrumentación del poder y efectiva contestación de la demanda, mucho mejor para ambas partes. En relación con el medio fehaciente, este es también un resguardo para el asegurado; sin perjuicio de que resulta cierto que se está estableciendo un requisito que no surge de la ley, pero que evitará la negativa de su recepción por parte de la aseguradora (en caso de controversia), salvo que se utilice la regla de interpretación contra la predisponente (art. 987, Cód. Civ. y Com.) y por lo tanto la invocación del anoticiamiento por el asegurado a través de medios no fehacientes sean válidos, en virtud de que es la empresa de seguros la que establece los medios y canales para que este se efectivice (aplicación complementaria de la regla contenida en el art. 1107, Cód. Civ. y Com.).

El asegurador deberá asumir o declinar la defensa. Se entenderá que el asegurador asume la defensa, si no la declinara mediante aviso fehaciente dentro de dos días hábiles de recibida la información y documentación referente a la demanda (cláusula contractual usual).

Si declina la defensa en virtud de que entiende que el siniestro carece de cobertura, deberá notificarlo fehacientemente al asegurado, expresando las causas y fundamentos de su decisión (deber de información) y será responsable de las consecuencias de esta falta de notificación en tiempo, contenido y forma.

Si declina la defensa, pero se mantiene la cobertura del siniestro, el asegurado/a la debe asumir y la aseguradora responderá por los costos y costas del proceso en la medida de la ley y del contrato y responderá por los daños que su conducta de incumplimiento de la carga contractual pueda generar. En este supuesto el asegurado suministrará a la aseguradora a su requerimiento, la información referente a las actuaciones producidas en el juicio.

El asegurador puede declinar la defensa del asegurado/a, depositando en pago la suma asegurada y el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento, dejando al asegurado la dirección exclusiva de la causa y liberándose de los gastos y costas que se devenguen posteriormente (art. 110, LS, y cláusula contractual).

(12) STIGLITZ, ob. cit., ps. 6 y 7.

La aseguradora, al asumir la defensa en juicio del asegurado, procederá a nominar a los abogados/as que debe designar el asegurado/a para su representación o patrocinio. El asegurado deberá suministrar sin demora, todos los antecedentes y elementos de prueba que tenga en su poder o conocimiento; otorgar poder a los/las profesionales que han de representarlo/a, entregando (si estuviere a su cargo) el respectivo instrumento de apoderamiento antes del vencimiento del plazo para contestar la demanda y a cumplir con los actos personales que las leyes pongan personalmente a su cargo (cláusula contractual usual).

El asegurador puede declinar (*a posteriori* de asumida) la dirección del proceso, cuando tome conocimiento de hechos (que desconocía, o que no pudo conocer pese a una actuación profesional, experta y diligente) eximentes de su responsabilidad, en cuyo caso deberá declinar tanto su responsabilidad como la defensa en juicio dentro de los cinco días hábiles de su conocimiento (cláusula contractual usual).

En el curso del proceso judicial, el asegurado no puede reconocer su responsabilidad ni celebrar transacción sin anuencia del asegurador (art. 116, LS; las consecuencias de este incumplimiento pueden liberar al asegurador de la mayor extensión de la reparación que por el incumplimiento culposo o doloso del asegurado/a, se hubieren generado).

Cuando el reconocimiento de responsabilidad y la celebración de la transacción se produzcan con la intervención del asegurador, este entregará los fondos que correspondan según el contrato, en término útil, para el cumplimiento diligente de las obligaciones asumidas (art. 116, LS).

El asegurador no se libera cuando el asegurado, en la interrogación judicial, reconozca hechos de los que derive su responsabilidad (art. 116, LS).

El asegurador cumplirá la condenación judicial en la parte a su cargo en los términos procesales (art. 116, LS) y la sentencia que se dicte será ejecutable contra él en la medida del seguro (art. 118, LS), pero el asegurado quedará siempre obligado a responder por la condena

de responsabilidad civil por el total de la indemnización y no en la medida del seguro (arts. 772, 1737 a 1741 y ss. y ccds., del Cód. Civ. y Com.). De manera tal que aquí tiene origen un eventual conflicto de intereses cuando la aseguradora asume la defensa judicial del asegurado, pero responde solamente por una parte de la indemnización.

Ahora bien, el art. 110 de la LS establece que el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero se encuentran comprendidos dentro de la garantía de la aseguradora. Este principio se completa con las reglas que establece el art. 111 de la LS, o sea que se deben en la medida que fueron necesarios; si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción; si se devengaron en causa civil mantenida por decisión manifiestamente injustificada del asegurador, este debe pagarlos íntegramente y el principio y reglas se aplican aún en los casos en que la pretensión del tercero sea rechazada.

Explicitada la secuencia práctica, analizaremos algunos de los aspectos que han merecido atención jurisprudencial.

VIII. Relación aseguradora, asegurado, abogada/o

Esta cuestión cobra relevancia sustancial, en virtud de que, con base en lo dispuesto usualmente en el contrato de seguro de responsabilidad civil, se establece que cuando la aseguradora asume la dirección del proceso esta deberá designar el o los/las profesionales que representarán y patrocinarán al asegurado/a y estos/as quedan a su vez obligados/as a otorgar en favor de estos/as profesionales el poder respectivo.

De manera tal que existen tres relaciones o vínculos contractuales que confluyen a los fines de la materialización de la dirección del proceso por la aseguradora: a) entre la aseguradora y el asegurado/a (SRC); b) entre la aseguradora y los profesionales designados/as; c) entre los/las profesionales y el asegurado/a.

Resulta de interés el análisis que se ha realizado de estas relaciones y sus efectos en la jurisprudencia: "En este orden de ideas se ha dicho

que el asegurado que otorga poder a un abogado designado por el asegurador en cumplimiento de la carga de dirección del proceso, no se convierte por ese acto, exclusivamente en cliente de aquel en el sentido clásico y técnico que esta expresión tiene y en la elaboración doctrinaria y jurisprudencial de la relación abogado-cliente, ni en el sentido que a este término le asignan las leyes arancelarias (conf. Legón, La Ley, 1991-E, 367) siendo el real cliente el asegurador sin que interese a los fines de decidir la controversia si el letrado estaba o no en estricta relación de dependencia.

"Es que el profesional se halla vinculado al asegurador a través de una relación que le precede o que se constituye concomitantemente con la designación, pero con abstracción del tipo contractual lo hace como auxiliar o dependiente del asegurador, debiendo aprehenderse la expresión 'dependencia' como referida a la situación del profesional designado por el asegurado y asociado a la ejecución del objeto de la prestación que corresponde a la dirección del proceso (conf. Stiglitz-Stiglitz, 'Seguro contra la responsabilidad civil', nro. 213, p. 433).

"En este contexto los letrados no pueden considerarse terceros extraños al contrato de seguro y por ello sus cláusulas de indemnidad, que implican poner a cargo de la aseguradora los honorarios de los profesionales que la asistieron a ella y al asegurado, le son oponibles.

"Nótese que los propios profesionales han manifestado en forma expresa que asumieron la representación de que se trata por indicación originaria de la Cía. de seguros, sin que la circunstancia de que los asegurados tuvieran la facultad de elegir o tomar otros representantes, lo que no se ha verificado en autos, pudiera incidir en la cuestión o modificar la solución adoptada" (13).

Stiglitz señala: "La relación asegurado-asegurador, en el marco de dirección del proceso, participa del mandato representativo en interés conjunto.

(13) CNCiv., sala K, 10/05/2005, "Mila, Héctor J. c. Transporte Montalvan SA y otros", AR/JUR/2544/2005.

"Por lo demás, la hipótesis del mandato representativo en interés común del mandante y mandatario que se halla normativamente reconocido [arts. 1330 y 380 inc. b), Cód. Civ. y Com.] y doctrinariamente admitido, y se caracteriza por la circunstancia de que ambas partes están interesadas en el resultado que se persigue.

"Acontece que el interés de que es titular el mandatario (asegurador) no lo autoriza a realizar la gestión apuntando solo a la obtención de su exclusivo beneficio o anteponiéndolo al de su mandante (asegurado). Por el contrario, se habrá de considerar la necesidad de conciliar los intereses comunes y en caso de 'no poder ello ocurrir, el mandatario debe abstenerse de obrar'.

"En principio, la comunidad de intereses de mandante y mandatario hace irrevocable el mandato, salvo justa causa" (14).

"En el proceso judicial, el ejercicio del mandato se hace manifiesto a través de la actuación de los profesionales que designe el asegurador y que, aun cuando ostenten condiciones de apoderados del asegurado, actúan de conformidad a instrucciones del asegurador, que es quien en definitiva dirige el proceso sin limitaciones, aunque sin perjuicio de responder por el daño injusto que su actuar provoque al asegurado. Uno de los efectos accesorios que trae aparejada la circunstancia de que el profesional designado por el asegurador asista al asegurado, es que el primero carece de derecho a cobrarle honorarios al segundo, aunque la aseguradora haya caído en liquidación" (15).

IX. Deber de información

Atendiendo a que el contrato de seguros es generalmente celebrado por adhesión y más en los supuestos en que sea calificado como seguro de consumo, el deber de información es sustancial para un cumplimiento de buena fe (arts. 961, 1061, 1067, 987, 1100 ss. y ccds., Cód. Civ. y Com.), considerando siempre que la aseguradora es una organización empresarial experta, de objeto exclusivo, profesional y que sobre ella

(14) STIGLITZ, ob. cit., p. 35, con cita de Fanelli, Borda y Mosset Iturraspe.

(15) STIGLITZ, ob. cit., ps. 36-37, con cita de jurisprudencia en ese sentido.

recae una confianza especial por su particular condición (art. 1725, Cód. Civ. y Com.) (16).

De manera tal que la cláusula que establece la dirección del proceso, sus alcances reales, los potenciales conflictos de intereses, el límite de la responsabilidad de la aseguradora, la existencia de franquicias y la actitud que los/las profesionales han de adoptar en relación con el reclamo del tercero y las tácticas y estrategias defensivas a utilizar, deben ser debidamente informadas al asegurado/a y comprendidas por este/a, debiendo también explicitarse la conducta profesional a seguir cuando median instrucciones de la aseguradora a la que también asisten y que pueden ser contrarias a la voluntad procesal del asegurado, ya que es su derecho defensa en juicio el que en definitiva se encuentra comprometido.

X. Límite de la suma asegurada

En relación con la situación que se puede plantear entre la suma asegurada como límite de la responsabilidad contractual de la aseguradora y la suma mayor que por indemnización de la responsabilidad civil se pueda establecer al momento de dictar sentencia (art. 772, Cód. Civ. y Com.), se debe brindar por parte de la aseguradora y de los profesionales intervinientes, información y consejo adecuado al asegurado/a, a los efectos de que tengan en claro que ese límite legal y contractual (suma asegurada) puede derivar en que una parte del resarcimiento recaiga sobre su patrimonio.

Las cláusulas usuales establecen que cuando la demanda o demandas exceden la suma asegurada por acontecimiento, el asegurado/a puede, a su cargo, participar también de la defensa con el/la profesional que designe al efecto. La empresa de seguros debe posibilitar esta unificación de la personería a los fines de cumplir con los recaudos de las normas procesales.

El incumplimiento del deber de información adecuada y de consejo técnico, ha sido puesto de manifiesto por algunos precedentes jurisprudenciales

(16) Puede ampliarse en SOBRINO, Waldo, "El deber de información, de consejo y de advertencia en materia de seguros", LA LEY del 01/02/2017, 1, LA LEY, 2017-A, 896.

que señalan: "A la luz de estas estipulaciones ilícitas convalidadas por el fallo de la Corte se convierten cuanto menos dos conductas en dos estafas: en primer lugar, la de vender ese producto sin avisar de qué se trata, sus limitaciones y riesgos; en segundo lugar, la de recibir la denuncia de siniestro sin avisar que solo hay una cobertura ínfima y que es mejor que vaya a ver a otro abogado (recepción que cabe presumir ante la falta de manifestación en contrario y lo que surge de las cargas del seguro y el curso normal y ordinario de las cosas).

"Subyace en este tema del deber de información, de prevención, consejo y advertencia, un conflicto acerca de lo que es y lo que debe ser una persona, un ser humano. Su derecho a elegir, a poder elegir, a la autodeterminación y a la libertad. A no ser una cosa desprotegida por el sistema" (17).

XI. Franquicia

En relación con la existencia de franquicia deducible, se ha planteado si la aseguradora debe responder por el total de los gastos y costas, conforme al principio del art. 110 de la LS; o bien que este debe ser adecuado en su alcance a la denominada "regla proporcional".

En tal sentido, López Saavedra ha sostenido que "[u]n tema que se suele presentar con alguna frecuencia en el ámbito judicial es cuando en un juicio vinculado a un seguro de responsabilidad civil se hace lugar a la demanda contra el accionado y contra su aseguradora citada en garantía en los términos del art. 118 de la Ley de Seguros y el monto de la condena supera la suma asegurada fijada en la póliza respectiva —el caso de un infraseguro— o esta contiene, por ejemplo, una franquicia deducible que pone a cargo de dicho asegurado parte del riesgo.

"Y en estos casos, se puede presentar la duda de si el asegurador debe hacerse cargo íntegramente del pago de la condena que se dicte contra su asegurado incluyendo las costas judiciales y los intereses devengados en relación al total de dicha condena o solamente lo deberá hacer

(17) CNCiv., sala L, 19/09/2017, "Papagno, Mariela S. c. Lado, Daniel y otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte)"; RCyS 2017-XI, 241.

en proporción al riesgo que efectivamente asumió en el contrato de seguro oportunamente celebrado, esto es que una parte de tales rubros —incluyendo el capital por supuesto— deberá ser soportado por el asegurado en proporción al infraseguro o a la franquicia deducible que contenga la póliza (...). Creo que para llegar a una correcta solución del tema, fundada no solo en razones de equidad y de sana técnica aseguradora sino en el propio texto de la ley, habría que recurrir a las previsiones del art. 111 de la Ley de Seguros cuando, en su segunda parte, establece que ‘Si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos en la misma proporción; principio este que no hace más que consagrar el de la Regla Proporcional que establece el art. 65 de la Ley de Seguros con respecto al principio del infraseguro.

“La citada normativa que se torna sin duda aplicable en los casos en los que el reclamo del tercero excede la suma asegurada —caso que se da cuando hay un infraseguro o una franquicia deducible de por medio— significa que el asegurador solamente estará eventualmente obligado a indemnizar hasta el límite de su suma asegurada, más la parte proporcional a su cargo de las costas, gastos judiciales e intereses, quedando entonces el resto de la condena y de sus accesorios por cuenta del asegurado” (18).

XII. Depósito en pago

El art. 110 de la LS establece que cuando el asegurador deposite en pago la suma asegurada y el importe de los gastos y costas devengados hasta ese momento, dejando al asegurado la dirección exclusiva de la causa, se liberará de los gastos y costas que se devenguen posteriormente.

La cláusula contractual usual establece que se liberará de la parte proporcional de gastos y costas que en definitiva le hubieran correspondido, conforme a las reglas legales y contractuales, si deposita la suma asegurada o la demandada, la que sea menor y la parte proporcional de costas devengadas hasta ese momento.

(18) LÓPEZ SAAVEDRA, Domingo M., “Seguros de responsabilidad civil: el pago de las costas judiciales e intereses en los casos de infraseguro”, RCyS 2010-XII, 39.

De manera tal que la aseguradora debe: a) depositar en pago, b) la suma asegurada o la demandada, si resulta menor; c) con más sus intereses, según la interpretación doctrinaria y jurisprudencial que entendemos adecuada; d) y el importe de los gastos y costas proporcionales devengados hasta ese momento.

Este depósito podría encuadrarse en la figura del pago por consignación judicial y así lo ha sostenido parte de la doctrina: “Por nuestra parte pensamos que el depósito en pago aludido por el art. 110 inc. a), Ley de Seguros, es el pago por consignación previsto en el art. 904 inc. b) Cód. Civ. y Com. (...) la modalidad de carácter especial a que está sometido el pago en consignación que examinamos, está referida al derecho dudoso del deudor (...) el depósito en pago por consignación lo efectúa el asegurador en su calidad de tercero jurídicamente interesado (art. 881 Cód. Civ. y Com.)” (19).

La cuestión que se plantea tiene relación con la calidad de acreedor y beneficiario de este pago por consignación judicial y la relación con el art. 907 del Cód. Civ. y Com.

Desde nuestra perspectiva, promovido el proceso judicial de responsabilidad civil y planteada la citación en garantía de la aseguradora, debe analizarse la primera parte del art. 118 de la LS que establece que el crédito del damnificado tiene privilegio sobre la suma asegurada y sus accesorios, con preferencia sobre el asegurado y cualquier acreedor de este. De manera tal que la aseguradora está dando en pago una suma de dinero (en virtud de un contrato o de una ley), respecto de la cual la ley reconoce a un tercero (el damnificado) como acreedor preferente.

Aquí es donde observamos que se debe profundizar el análisis del art. 907 del Cód. Civ. y Com., en relación con quién resulta ser el acreedor con derecho a impugnar esa consignación judicial. Desde nuestra perspectiva, el tercero damnificado en ese proceso judicial donde se realiza el pago por consignación es acreedor preferente y por ende debería tener derecho a cuestionar el pretendido depósito en pago efectuado.

(19) STIGLITZ, ob. cit., ps. 106-107.

El asegurado tiene ese derecho en virtud del contrato de seguro de responsabilidad civil y porque el depósito en pago libera a la aseguradora de todas sus obligaciones y responsabilidades posteriores, y la deficiencia en el monto o los rubros que comprenden el pago, han de impactar sobre su patrimonio, violando la garantía de indemnidad relativa comprometida en esta modalidad de seguro.

XIII. Regla proporcional

El art. 110 de la LS establece como criterio rector que en el SRC la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero, extendiéndose a las costas del proceso penal cuando el asegurador asuma esa defensa.

Este principio se completa con la última parte del art. 111 de la LS, al señalarse que esa garantía será efectiva, aún en el supuesto de que la pretensión del tercero sea rechazada.

Ello puede llevar al entendimiento de que los gastos y costas judiciales ante el reclamo judicial del tercero, deben ser abonados siempre y en su totalidad por la aseguradora.

Sin embargo, el segundo párr. del art. 111 de la LS señala que, si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción.

La temática ha sido abordada y resuelta por la Corte Nacional, que señaló “[q]ue si bien es cierto que la ley 17.418 expresa que la finalidad del seguro de responsabilidad civil consiste en ‘mantener indemne al asegurado por cuanto deba a un tercero en razón de la responsabilidad prevista en el contrato’ (art. 109) y que ‘la garantía del asegurador comprende el pago de los gastos y costas judiciales y extrajudiciales para resistir la pretensión del tercero’ [art. 110 inc. a)], también lo es que ‘si el asegurado debe soportar una parte del daño, el asegurador reembolsará los gastos y costas en la misma proporción’ (art. 111, segunda parte).

“Que no obsta a esto último la asimilación de las costas al carácter de erogaciones relativas a la actividad de salvamento (conf. Halperín,

Isaac, ‘Contrato de Seguro,’ Ed. Depalma, Buenos Aires, 1964, ps. 363-364), por cuanto ello no implica desconocer la referida norma del art. 111, que dispone expresamente la participación del asegurado en su pago cuando debe hacerse cargo de una parte de la condena” (20).

En apoyo de lo decidido por el máximo Tribunal del país, se ha expuesto que “[c]uando el asegurado deba soportar parte del daño (por la existencia de una franquicia como en el caso o por la circunstancia que la indemnización debida al damnificado supere el límite de la suma asegurada), el asegurador deberá los intereses y las costas en la parte proporcional a la medida de la indemnización a su cargo, o dicho de otro modo, el asegurado cargará con la parte proporcional de los intereses y costas de acuerdo al capital que quedó a su cargo.

“La única excepción a la regla se verifica cuando el asegurador haya incurrido en una defensa manifiestamente temeraria de su parte o se haya negado injustificadamente a una propuesta transaccional, en cuya hipótesis, deberá pagar íntegramente las costas e intereses como resultado de la responsabilidad incurrida, a pesar de la existencia del límite de cobertura” (21).

XIV. Medidas cautelares

Las cláusulas usuales del contrato de SRC establecen que, si se dispusieren medidas precautorias sobre bienes del asegurado, este no podrá exigir que el asegurador las sustituya.

En este sentido la doctrina ha expresado que “[s]e presenta como gravosa la condición general mediante la cual se limita el derecho del asegurado de exigir del asegurador la sustitución de las medidas precautorias, considerando que la dirección del proceso responsabiliza al último por prácticas profesionales abusivas. Supongamos que el profesional designado por el

(20) CS, 18/11/2015, “Buján, Juan Pablo c. UGOFE LSM y otros s/ daños y perjuicios”, RCyS 2016-VII-177.

(21) STIGLITZ, Rubén – COMPIANI, María Fabiana, “Las costas y los intereses en el contrato de seguro contra la responsabilidad civil y un excelente pronunciamiento de la Corte de la Nación”, RCyS 2016-VII-177; en similar sentido CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 03/03/2020, “Carrizo, Cristian S. c. Cambres, Miguel Á. s/ daños y perjuicios”, RCyS 2020-VII-291.

asegurador, director de la litis omite contestar la demanda en representación del asegurado. De acuerdo con lo previsto por los arts. 63, 212, inc. 1º, del Cód. Proc. Civ. y Com., podrán solicitarse medidas precautorias sobre sus bienes. De donde aparece como abusivo que ni siquiera en este caso o en otros análogos, le esté vedado al asegurado solicitar la sustitución. Creemos que la mera indisponibilidad del bien sobre el que se asienta la medida precautoria, desnaturaliza la obligación del asegurador de mantener indemne el patrimonio del asegurado” (22).

No debe perderse de vista, que el esquema legal mantiene como legitimado pasivo principal al asegurado, eventual responsable del daño y, por ende, la parte actora (la persona damnificada reclamante) puede solicitar válidamente la medida cautelar sobre el patrimonio del asegurado y deberá ponderarse si posee legitimación para hacerlo sobre el patrimonio de la aseguradora en virtud de ser acreedor preferente por la primera parte del art. 118 de la LS y siempre con el límite de la suma asegurada.

XV. Conflicto de intereses

En los supuesto donde las/los profesionales que fueron instituidos/as como apoderados/as del asegurado/a y a la vez representan a la aseguradora citada en garantía, se pueden plantear diversos conflictos de intereses, de manera tal que inicialmente hay que cumplir por parte de la ES y de los/las profesionales intervinientes con el deber de información, obligación que tiene su asidero legal no solo en las normas generales que hacen a la buena fe, la confianza especial, la lealtad que se deben las partes, sino que en función del art. 1324 inc. c) y el art. 1325 del Cód. Civ. y Com., el mandatario profesional debe informar sin demora al mandante de todo conflicto de intereses y de toda otra circunstancia que pueda motivar la modificación o la revocación del mandato y en su caso, el mandatario deberá posponer los suyos en la ejecución del mandato o renunciar (23).

(22) STIGLITZ, ob. cit., ps. 13-14.

(23) También establecen este deber de conducta, el art. 28 de las normas éticas de la profesión que ha dictado el Colegio de la provincia de Buenos Aires (a modo de ejemplo y sin perjuicio de las diversas normas que rigen en las diversas jurisdicciones): “Art. 28.- Aclaraciones al

Este tema se da especialmente en los supuestos de franquicias y demandas que superan notoriamente la suma asegurada, en cuyo caso, la aseguradora y el/la profesional apoderada, deberá hacer saber (conforme cláusula usual), que el asegurado (mandante) puede participar también de la defensa con él o los profesionales que designen al efecto.

Si esta carga contractual no es cumplida, la aseguradora y el/la profesional pueden ver comprometida su responsabilidad disciplinaria (por el mero incumplimiento) o patrimonial (si se ha causado un daño).

De manera tal que es obligación de la aseguradora informar adecuada y cabalmente, de manera clara y comprensible, al asegurado/a, sobre lo que implica la carga de dirección del proceso y lo que puede suceder cuando existen limitaciones cualitativas o cuantitativas en el contrato de SRC y la posibilidad que tiene el/la asegurado/a, ante las particularidades del contrato y del caso y debería obtenerse un consentimiento informado de la conducta a seguir, cuando esta posible colisión de intereses pueda configurarse. Ello, sin perjuicio de los deberes de conducta y las obligaciones de origen legal y contractual que pesan sobre la abogada o abogado que representa al asegurado/a y a la aseguradora.

“Si hay choque de intereses entre el asegurador y el asegurado, aquel debe obrar de buena fe y dar preferencia a los intereses del asegurado, avisándole la existencia de ese conflicto de intereses para que tome las medidas necesarias, aun cuando el asegurado quede obligado hacia la víctima por los actos cumplidos por el asegurador, sin perjuicio de la responsabilidad de este por su negligencia” (24).

cliente. Conflicto de intereses. Es deber del abogado enterar al cliente de todas las circunstancias que puedan influir sobre él, respecto de la elección de abogado. Es contrario a la profesión representar intereses opuestos, excepto mediando consentimiento unánime prestado, después de completa aclaración de los hechos. Dentro del sentido de esta regla, existen intereses encontrados cuando se debe simultáneamente defender e impugnar una misma medida” (Unif. 29; N. Y. 6).

(24) HALPERÍN, ob. cit., p. 482.

La SCBA se ha pronunciado muy claramente sobre algunas de estas situaciones y se ha señalado que “nos encontramos ante un claramente reprochable desempeño de los letrados en defensa de los intereses de su patrocinado, máxime cuando tales intereses han venido a contraponerse en concreta medida a los respectivos de la compañía aseguradora a la que los mencionados profesionales venían representando (...) debo especialmente agregar que el evidente conflicto de intereses suscitado entre la compañía de seguros y su asegurado —en cuanto ha pretendido la primera ceñir su responsabilidad a los contornos numéricos de una cobertura mínima, frente a la presumible vocación de total indemnidad patrimonial de la segunda— no debió ser soslayado por los profesionales circunstancialmente a cargo de la defensa técnica de ambas partes. En todo caso, debieron los mismos declinar —y no lo hicieron— la representación o el patrocinio ejercidos en favor de una u otra de las partes cuyos intereses se vieron claramente confrontados (...). Dicho todo lo anterior, vaya entonces una especial recomendación a los referidos letrados patrocinantes, que hago extensiva —en la medida de lo señalado— a los jueces de grado intervinientes en este proceso, para que, en el futuro, en sus respectivos ámbitos de actuación, extremen la diligencia técnica necesaria a fin de evitar situaciones que, como la de autos, conlleven un claro menoscabo de la debida defensa en juicio de los principales protagonistas del proceso” (25) y (26).

XVI. Conducta del asegurado

Se ha sostenido en doctrina que el/la asegurada/o deben mantener una conducta pasiva, cuando en cumplimiento de la carga de dirección del proceso, es la aseguradora y las/los letrados/as que se han designado al efecto los

(25) SCBA, 21/08/2020, "Albarracín, Fernando E. c. Ruiz Díaz, Cristian D. s/ daños y perjuicios", C. 122.594, y con el mismo criterio, antes en "Puga", causa 120.534, sent. del 11/03/2020.

(26) Se puede ampliar el tratamiento del tema en SOBRINO, Waldo, "La contradicción de intereses del abogado de la compañía de seguros que también es apoderado del asegurado", RCyS 2018-VII-281; también puede verse el fallo CNCiv., sala D, 23/08/2018, "Márquez López c. Desteffani s/ daños y perjuicios", LA LEY, 2018-E, 479.

que llevan adelante lo que hemos denominado la “táctica y la estrategia” del proceso judicial.

“El asegurado debe observar una conducta absolutamente pasiva, sometiéndose estrictamente a la cláusula; salvo que el asegurador se rehúse a proseguir defendiéndolo [art. 110 inc. a)] o se niegue a asumir esa defensa” (27).

“Entonces, uno de los efectos que trae aparejado el pacto de gestión de litis en su acepción estricta, es atribuir al asegurado una conducta absolutamente pasiva, sometiéndose a la dirección del proceso que conciba y materialice el asegurador, lo que impide al asegurado inmiscuirse en ella” (28).

Desde nuestra perspectiva, el asegurado no está obligado a tener una actitud pasiva por el solo hecho de cumplir con la carga de otorgar la dirección del proceso (y todo lo que ello conlleva) a la aseguradora.

Debe considerarse que contractualmente se le impone al asegurado/a a suministrar a los letrados/as designados/as, todos los antecedentes y elementos de prueba de que dispongan (además de otorgar el poder respectivo) y cumplir con los actos procesales que se encuentren personalmente a su cargo, lo que de por sí no resulta correspondiente con una actitud “pasiva”.

Pero lo más importantes es que en realidad lo que está en juego es el derecho constitucional de defensa en juicio, que en el proceso judicial de responsabilidad civil es de titularidad del asegurado/a, por lo que este puede instruir a los profesionales intervinientes todos los actos y conductas que sean necesarios para la mejor materialización en concreto de ese derecho constitucional. Asimismo, puede solicitar información a la aseguradora y a los letrados involucrados en su defensa toda la información que considere procedente y necesaria para estar debidamente ilustrado/a sobre la gestión procesal y los posibles desenlaces que pueden acontecer.

No debe perderse de vista que no estamos en presencia de una acción directa contra la aseguradora, sino que es una pretensión de respon-

(27) HALPERÍN, ob. cit., ps. 482-483.

(28) STIGLITZ, ob. cit., p. 49.

sabilidad por daños, donde siempre el principal demandado y responsable por el total de la indemnización es el asegurado/responsable y no la aseguradora.

Es cierto que existe una regla legal que obliga a la aseguradora a pagar los gastos y costas que se hayan generado por una decisión “manifiestamente” injustificada del asegurador (art. 111, LS) y que cuando mediaren “instrucciones contradictorias, el asegurado actuará según las instrucciones que parezcan más razonables en las circunstancias del caso” (art. 72, LS); pero en todos los supuestos y cualquiera sea la razón, ninguna norma puede obligar al asegurado/a a tolerar una decisión de la aseguradora o de los letrados/as designados que sea contraria a sus intereses y derechos y permanecer impasible frente a ella, ya que cuenta con las normas legales que rigen la profesión abogadil y las normas del mandato que lo habilitan a actuar en consecuencia.

Debe contemplarse que no solo está en juego el rubro gastos y costas, sino que en los supuestos donde se puede configurar este conflicto de intereses tenemos hipótesis que van más allá de la indemnidad comprometida y ello habilita la actuación procesal del asegurado/a, sea directamente a través de su propia representación o con instrucciones adecuadas a la preservación de su defensa.

XVII. Honorarios de la abogada/o

En principio y con base en las normas legales y cláusulas contractuales, los honorarios de las abogadas/os designados por el asegurado/a en virtud del instituto de la dirección del proceso, serán a cargo de la aseguradora, sin perjuicio de las diversas pautas que se establecen en los artículos citados como base legal de la figura y las cláusulas contractuales que la desarrollan.

Conforme surge del art. 110 de LS y la cláusula usual, el asegurador toma a su cargo, según la cobertura pactada, el pago de las costas judiciales en causa civil y de los gastos extrajudiciales en que se incurra para resistir la pretensión del tercero.

También se deja aclarado, contractualmente, que en los supuestos en los que el asegurado/a

asuman su defensa en juicio sin darle noticia oportuna al asegurador para que este la asuma, los honorarios de los letrados/as quedarán a su exclusivo cargo. En el mismo sentido, cuando participa en la defensa en virtud de que la demanda excede la suma asegurada o bien en el supuesto de que la aseguradora haya hecho uso de la facultad de depositar en pago y liberarse de las costas que posteriormente se devenguen.

Así se ha sostenido que “[c]orresponde que la aseguradora quede eximida del pago de los honorarios del letrado del demandado, pues la conducta del asegurado de comparecer a juicio con otro profesional y contestar la demanda sin dar aviso fehaciente a la aseguradora, impidiendo que la misma asuma la efectiva dirección del proceso, condicionó la actuación posterior de la tercera citada en garantía, que se vio limitada a oponer defensas conforme lo actuado por el demandado, cuando él ya había contestado la demanda. En virtud de ello, el asegurado debe soportar el pago de los honorarios del letrado a quién designó voluntariamente para ejercer su defensa en juicio” (29).

Ahora bien, queda por analizar la situación que se genera por la liquidación insolvente de la aseguradora y la posibilidad de que el abogado/a le pueda reclamar al asegurado/a.

Legón ha señalado que “[e]l tema es hartito espinoso. Pero solo puede entenderse que cuando las leyes de arancel autorizan al abogado a reclamar el pago de sus honorarios al propio ‘cliente’..., parten del presupuesto que ese cliente no haya sido un poderdante que actuó como mero espectador impasible, que ni eligió a ese letrado, ni le dio instrucciones, ni mucho menos se comportó o fue el *dominus* del litigio. Claro está que si a ese abogado, aviso mediante de la situación del asegurador y en consecuencia de su libre determinación, le encomendó su defensa, y la prosecución del litigio, se configurará aquella relación ‘abogado-cliente’ ya referida, fundamento suficiente de la retribución en la proporción o alcance que se determine.

(29) ST Chaco, sala I, 18/05/2020, “Díaz, Mariela c. Slanac, Sergio s/ daños y perjuicios”, LL online, AR/JUR/19487/2020.

"Quedan a salvo aquellos casos en que el abogado designado por el asegurador insolvente y/o liquidado pueda invocar otra fuente de su acreencia (empleo útil, enriquecimiento sin causa, etc.)" (30).

XVIII. Obligación legal autónoma

En el seguro obligatorio automotor consagrado a partir de la norma legal del art. 68 de la Ley Nacional de Tránsito (LNT), se ha regulado reglamentaria y contractualmente la denominada "obligación legal autónoma", que tiene, naturaleza y efectos específicos, pero que igualmente está enmarcada en el ámbito general del contrato de seguro de responsabilidad civil, o por lo menos se encuentra contenida en la misma póliza que regula los demás elementos del SOA y del SRC voluntario.

La pregunta a efectuarse es si la dirección del proceso, conforme la hemos caracterizado, resulta compatible con la OLA.

Entendemos que la respuesta es negativa, ya que en virtud de lo expresamente dispuesto por la norma legal y lo regulado por la cláusula contractual respectiva, la pretensión del damnificado será dirigida directamente en sede extrajudicial como judicial, contra la aseguradora, lo que lleva a prescindir de las cargas recíprocas que se dan entre aseguradora y asegurado/a y que se encuentran relacionadas con la dirección del proceso.

Así la norma legal establece que "los gastos de sanatorio o velatorio de terceros, serán abonados de inmediato por el asegurador, sin perjuicio de los derechos que se pueden hacer valer luego" (art. 68, LNT).

Luego en la cláusula contractual se señala que los gastos sanatoriales y de sepelio serán abonados por la aseguradora al tercero damnificado, a sus derechohabientes o al acreedor subrogante dentro del plazo máximo de cinco días, contados a partir de la acreditación del derecho al reclamo respectivo, al que no podrá oponérse-

le ninguna defensa sustentada en la falta de responsabilidad del asegurado respecto del daño.

Resulta claro que en relación con la OLA no se activan las cargas que hacen a la dirección del proceso y que la pretensión es dirigida directamente a la aseguradora y queda más claro aún, cuando se señala que no se puede hacer uso de las defensas que se relacionen con la responsabilidad del asegurado.

XIX. Acción directa

Sobre la base de lo establecido en algunos precedentes jurisprudenciales y sectores de la doctrina que sostienen la posibilidad de encuadrar la pretensión del tercero damnificado en el marco conceptual y legal de la acción directa contra la aseguradora, cabe analizar su relación con la dirección del proceso.

Se decidió que el accionante, en cuanto consumidor, tenía acción directa contra la aseguradora en lo relacionado con el seguro obligatorio automotor, estatuido por el art. 68 de la LNT (31).

La acción directa está reglada en los arts. 736 a 738 del Cód. Civ. y Com. y aunque no es objeto de tratamiento en el presente ensayo, cabe decir que, según la norma, tendría carácter excepcional, es de interpretación restrictiva y solo procede en los casos expresamente previstos en la ley.

En este supuesto, el art. 68 LNT, solo la prevé (en principio y según nuestra interpretación), en relación con los gastos de sepelio y velatorio, con la particularidad que la aseguradora no puede hacer uso de lo establecido en el art. 738, inc. c), del Cód. Civ. y Com., o sea no puede oponer defensas que hagan a la responsabilidad del asegurado (lo que sí podría hacer en la acción directa reglada por el Cód. Civ. y Com.).

La consagración o reconocimiento jurisprudencial que se hace en el fallo de la acción directa del damnificado contra la aseguradora, elimina la posibilidad de que se invoque o plantee el cumplimiento recíproco de la carga de dirección del proceso, ya que la pretensión se

(30) LEGÓN, Fernando A., "La dirección del proceso en el seguro de responsabilidad civil y la insolvencia del asegurador", DJ 1991-1-397.

(31) CNCom., sala F, 22/03/2021, "Esparza, Miguel F. c. QBE Seguros La Buenos Aires s/ ordinario", expte. 94.131/2015, en forma concordante con el dictamen de la Fiscalía de Cámara.

dirige por el tercero damnificado directamente contra la aseguradora, sin necesidad de recurrir a la citación en garantía del art. 118 de la LS ni tampoco (cualquiera sea el marco procesal) cumplir con la demanda contra el asegurado/a, responsable del daño.

XX. Daño punitivo

El incumplimiento injustificado o el cumplimiento irregular de la carga de dirección del proceso por parte de la aseguradora o de la representación profesional que se deriva de ella, que provoca un daño al asegurado/a, puede dar lugar a una acción de reclamación de daños (si se configuran los presupuestos y requisitos de la responsabilidad civil).

“El asegurador no puede alegar faltas ni culpa del mandatario que hizo designar; en realidad lo actuado por este mandatario debe valer como hecho suyo. Responde por la ejecución exacta de la dirección del proceso, y debe indemnizar al asegurado el daño provocado por su falta de diligencia” (32).

“En la relación asegurado-asegurador, genéricamente, el cumplimiento del mandato requiere del mandatario (asegurador) la ejecución diligente del encargo. La frase ejecución diligente porta un contenido complejo, constituida por la extensión del mismo que debe serlo en los límites de su poder [arts. 359 y 1324 inc. a) Cód. Civ. y Com.]; por sus efectos, de la manera más ventajosa para el mandante-asegurado, absteniéndose cuando su ejecución “fuera manifiestamente dañosa al mandante”, dando preferencia a los intereses del último en caso de conflicto de intereses (art. 1325 Cód. Civ. y Com.), teniéndolo informado del estado de las actuaciones [art. 372, inc. c), Cód. Civ. y Com.]. La realización de actos contrarios a los expuestos importa incumplimiento del mandato y responsabiliza al mandatario (asegurador) por los daños y perjuicios ocasionados al mandante (asegurado) por la inejecución del contrato (...). Sin embargo, en razón de que el derecho del asegurado a ejercer la dirección del proceso, por razones de competencia o especialidad, solo es factible ejecutarla a través de terceros (art. 776 Cód. Civ. y Com.), en el caso los profesionales

(abogados) que designe, la responsabilidad del asegurador se extiende por los hechos subjetivamente reprochables y dañosos de estos. Así expuesta la cuestión, la obligación del asegurador (mandatario) aparece catalogada como de medios. De ser así, incumbe al asegurado (mandante) la prueba de la culpa en el incumplimiento del contrato” (33).

Ahora bien, del análisis jurisprudencial surge la imposición de daño punitivo a la aseguradora por su incumplimiento (entre otros) de la carga de dirección del proceso: “La cuestión medular en cuanto al reclamo por este rubro, fue que la Sra. Mancino debió recurrir en defensa de sus derechos —respecto de la compañía aseguradora y respecto del reclamo del tercero— a la contratación de los servicios de un abogado habiéndose fijado en el convenio las condiciones para asumir su defensa (...) en conclusión, la conducta de la aseguradora hasta aquí reseñada constituye —como se anticipa— un grave y objetivo incumplimiento contractual y legal a lo que ha de añadirse el menosprecio por los derechos individuales del consumidor asegurado: no solo omitió dar respuesta adecuada y temporánea —como era su deber— a la denuncia del siniestro formulada por su cliente sino que además, promovido el proceso declinó la cobertura, y lo mantuvo a sabiendas de la propia sinrazón, comprometiendo de este modo el patrimonio del asegurado, cuya indemnidad se obligó a mantener (art. 8 bis; 52 bis y ccds. LDC; 56 y ccds., LS; arts. 1061, 1710, 1724, 1725 y ccds. Cód. Civ. y Com.)” (34).

De manera tal que si el seguro es calificado como de consumo, el incumplimiento de la aseguradora de la carga de dirección del proceso (entre otros), que obliga a la asegurada a recurrir a asistencia profesional particular, puede ser calificado (según el caso y la prueba rendida), como un supuesto que encuadre en el art. 52 bis de la ley 24.240 y en virtud de ella, independientemente de las indemnizaciones que correspondan en concepto de daños, se le aplique una

(33) STIGLITZ, ob. cit., ps. 83-84.

(34) CCiv. y Com. Necochea, 24/08/2020, “Mancino, Josefina c. Liderar Cía. General de Seguros SA s/ daños y perjuicios”, AR/JUR/38319/2020.

(32) HALPERÍN, ob. cit., p. 483.

multa civil o daño punitivo como ha acontecido en el precedente reseñado.

XXI. Conclusiones

La dirección del proceso involucra el derecho de defensa en juicio del asegurado/a, y por ende todas las interpretaciones y aplicaciones que se realicen respecto de él, deben ser en pos del debido resguardo que corresponde, en tanto garantía constitucional del debido proceso.

Es calificado como carga del asegurado/a el desplazamiento de su ejercicio por la aseguradora, a través de los profesionales que al efecto se designen y en el mismo sentido queda encuadrado como carga de la aseguradora la asunción de dicha dirección del proceso.

Confluyen en este instituto diversas relaciones, entre las que podemos ubicar el contrato de seguro de responsabilidad civil, mandato representativo, servicios profesionales, responsabilidad civil, y regulaciones sustanciales (LS, Cód. Civ. y Com., LDC) juntamente con leyes procesales, sobre el ejercicio de la profesión abogadil y arancelarias.

Pesa sobre la aseguradora y los profesionales de la abogacía el deber de información y consejo respecto del asegurado/a y ante eventuales conflictos de intereses (franquicias, límite de la suma asegurada, eventuales discrepancias sobre transacciones, conciliaciones u otros medios de solución del reclamo; o aún sobre la táctica y estrategia para llevar adelante el juicio), debe hacer prevalecer los del asegurado,

o bien informarlo adecuadamente de que puede participar en la defensa y en su defecto obtener un consentimiento informado respecto del mantenimiento de los letrados nominados por la aseguradora y del sentido que se le otorga a la defensa en juicio.

La gestión de la dirección del proceso, en sentido amplio, debe ser la que corresponde a una organización experta, de objeto exclusivo, profesional, sobre la que se ha depositado una confianza especial, extremando la diligencia, pericia y prudencia, en virtud de que está gestionando el derecho constitucional de defensa en juicio de otra persona y ello se proyecta a los/ las letrados/as designados en virtud de la indicación e instrucciones de la aseguradora.

El ejercicio concreto de la dirección del proceso hace responsable a los profesionales intervinientes por su actuar culposos o dolosos y esa responsabilidad por daños (si se dan los presupuestos y requisitos de la responsabilidad civil) se proyecta sobre la aseguradora en virtud de su carácter de principal y por la conexidad contractual entre el contrato de seguro de responsabilidad civil, el convenio existente entre los/las abogados/as indicados por la aseguradora y el mandato representativo que se establece entre las partes y la asistencia letrada establecida al efecto; llegando a la posibilidad de que se imponga daño punitivo a la aseguradora en aquellos supuestos de que este incumplimiento dañoso de la dirección del proceso implique a su vez la configuración de los presupuestos y requisitos establecidos en el art. 52 bis de la ley 24.240.

El objeto exclusivo de las (re)aseguradoras: alcance teórico y práctico

María José Sánchez (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Consideraciones preliminares.— III. El objeto de las personas jurídicas.— IV. Exclusividad del objeto social.— V. El objeto exclusivo de las aseguradoras. Alcance práctico.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La trascendencia que reviste la actividad aseguradora en materia económica y social y la necesidad de proteger los intereses de asegurados y asegurables en virtud de la compleja naturaleza que reviste el instituto asegurador imponen al Estado argentino ejercer un estricto control de la actividad aseguradora.

El presente trabajo —precisamente— tiene por objeto ahondar, de manera sucinta, en el siguiente aspecto que evidencia dicho control: la obligación legal de toda entidad jurídica que desee ejercer la actividad aseguradora de tener un objeto social exclusivo.

El tema propuesto nos obligará a considerar cuáles son la naturaleza y la finalidad de la exclusividad que recae sobre el objeto social de este tipo de empresas técnicamente organizadas, para luego desarrollar ciertas implicancias prácticas sobre tal concepto.

(*) Abogada graduada con diploma de honor (UCA, 2010); especialista en Derecho de Seguros y Reaseguros y Regulatorio; exsubgerente de Registros de la Superintendencia de Seguros de la Nación; vicedirectora del *Supl. de Seguros y Reaseguros* de elDial.com (Biblioteca Jurídica Online); profesora universitaria asistente en el Posgrado de Especialización en Seguros (USAL); miembro de la Comisión Directiva de la Asociación Argentina de Derecho de Seguros (rama nacional de AIDA).

Como última aclaración, cada vez que se haga referencia a los términos “seguro/s”, “aseguradora” o “actividad aseguradora”, se entenderá comprendido el “reaseguro”, “reaseguradora” y/o “actividad reaseguradora”.

II. Consideraciones preliminares

En primer lugar, se destaca que el ejercicio de la actividad aseguradora en nuestro país está sometido al régimen de la ley 20.091 de Entidades de Seguros y su Control y el control de todos los sujetos que se dedican a esa actividad lo ejerce la Superintendencia de Seguros de la Nación (SSN) quien, sobre esa base, posee jurisdicción y competencia federal.

En efecto, el art. 1º de la ley 20.091 establece que “[e]l ejercicio de la actividad aseguradora y reaseguradora en cualquier lugar del territorio de la Nación, está sometido al régimen de la presente ley y al control de la autoridad creada por ella”, en tanto que el art. 64 indica que “[e]l control de todos los entes aseguradores se ejerce por la Superintendencia de Seguros de la Nación con las funciones establecidas por esta ley”.

Por otra parte, el último párrafo del art. 8º de ese mismo cuerpo normativo atribuye a la SSN el control exclusivo y excluyente de la actividad aseguradora, en tanto señala que “[e]l control del funcionamiento y actuación de todas las entidades de seguros, sin excepción, corresponde a la autoridad de control organizada por esta

ley, con exclusión de toda otra autoridad administrativa, nacional o provincial; sin embargo, la Superintendencia podrá requerir a estas últimas su opinión en las cuestiones vinculadas con el régimen societario de las entidades cuando lo estimara conveniente”.

Lo que ocurre, en la práctica, es que dicho “control exclusivo y excluyente” de la SSN coexiste con el que ejercen otros organismos con atribuciones de contralor sobre ese mismo sujeto de derecho, como los registros públicos de comercio del domicilio en el cual la entidad se encuentre constituida. Al respecto, se destaca que son distintos los alcances de las atribuciones del organismo de control societario y las de la SSN, en tanto corresponden a esta última competencia residual en razón de la materia aseguradora y a los organismos de control societario, los relativos a la persona relacionados con el control y fiscalización que contemplan las leyes de fondo (1).

Ahora bien, el control estatal que ejerce la SSN resulta esencial para que la empresa de seguros cumpla adecuadamente con su función socioeconómica y aplica tanto en la constitución, funcionamiento y liquidación, de modo que comienza desde el preciso momento de la formación de este tipo de empresas.

Al respecto, el segundo párrafo del art. 2º de la ley 20.091 refiere expresamente a la autorización previa de la SSN para operar como empresa aseguradora, al indicar que “[l]a existencia o la creación de las sociedades, sucursales o agencias, organismos o entes indicados en este artículo, no los habilita para operar en seguros hasta ser autorizados por la autoridad de control”.

Asimismo, en el articulado antes citado, se aclaran taxativamente los tipos societarios susceptibles de ser habilitados para el ejercicio de la actividad, a saber: sociedades anónimas, cooperativas y de seguros mutuos; sucursales o agencias de sociedades extranjeras de los tipos indicados anteriormente y organismos y en-

tes oficiales o mixtos, nacionales, provinciales o municipales, excluyendo así a otras modalidades societarias consagradas por la ley 19.550 General de Sociedades (LGS), tales como las colectivas y de responsabilidad limitada, entre otras. La proyección que la operatoria supone en el tiempo y en el espacio, considerando la necesidad de reunir grandes masas de capitales, va más allá de las expectativas de vida de las personas físicas y es por ello que el legislador ha entendido que no es viable la asunción del riesgo en forma personal, ni tampoco por personas jurídicas de otra naturaleza cuya estructura podrían complicar el cuadro de situación y desarrollo del negocio asegurador (2).

Como corolario, es posible señalar que la ley 20.091, incluida su reglamentación (3), contempla algunas disposiciones específicas aplicables según el tipo societario elegido por la empresa, pero además contiene otras de carácter netamente societario de aplicación específica a todas las empresas de seguros, independientemente del tipo societario, disposiciones que resultarán materia de control exclusivo y excluyente de la SSN. Una de ellas refiere precisamente al objeto social: “[l]as entidades a que se refiere el art. 2º serán autorizadas a operar en seguros cuando se reúnan las siguientes condiciones: (...) Objeto exclusivo. b) Tengan por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro, pudiendo en la realización de ese objeto disponer y administrar conforme con esta ley, los bienes en que tengan invertidos su capital y las reservas” (4).

Cabe resaltar que dicho requisito es coincidente entre diversas legislaciones referidas al control de la actividad aseguradora de países limítrofes (5).

(2) ALFANO, Orlando H., “El control de seguros y reaseguros (naturaleza y alcance)”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2000, p. 22.

(3) Reglamento General de la Actividad Aseguradora (t.o. res. SSN 38.708 del 06/11/2014 y sus modifs. y complementarias).

(4) Art. 2º, inc. b), ley 20.091.

(5) Uruguay: art. 5º de la Recopilación de Normas de Seguros y Reaseguros (“Toda institución que desarrolle actividad aseguradora, reaseguradora o ambas, deberá tener objeto exclusivo, no pudiendo realizar negocios ajenos a su giro”); Chile: art. 4º del dec. con fuerza de ley 251 sobre Compañías de Seguros, Sociedades Anónimas

(1) SZYMANOWICZ, Marina – SÁNCHEZ, María José, “La intervención previa de la Superintendencia de Seguros de la Nación en la constitución y funcionamiento de las (re)aseguradoras”, elDial DC2F64.

En razón de estas consideraciones iniciales, seguidamente se ahondará en el concepto de "objeto social" y la nota de exclusividad, que pesa sobre aquel para las aseguradoras.

III. El objeto de las personas jurídicas

De conformidad con el Cód. Civ. y Com., el objeto constituye un atributo de la persona jurídica privada, el cual debe ser preciso y determinado (6). Se entiende el objeto como el conjunto de actos o categorías de actos que, de acuerdo con el contrato constitutivo o el estatuto, la entidad se propone realizar (7).

En esa misma línea, y considerando los tipos societarios habilitados para la constitución de entidades aseguradoras, las leyes especiales societarias establecen lo siguiente:

i. El art. 11 de la LGS establece que el instrumento de constitución debe contener, entre otros requisitos, la designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado (8).

ii. El art. 8º de la ley 20.337 de Cooperativas estipula que el estatuto debe contener, entre otros, la designación precisa del objeto social (9).

iii. El art. 5º de la ley 20.321 Orgánica para las Asociaciones Mutuales señala que las mutuales

y Bolsas de Comercio ("El comercio de asegurar riesgos a base de primas, solo podrá hacerse en Chile por sociedades anónimas nacionales de seguros y reaseguros, que tengan por objeto exclusivo el desarrollo de dicho giro y las actividades que sean afines o complementarias a este, que autorice la Superintendencia mediante norma de carácter general"); Paraguay: art. 8º, inc. b), de la ley 827 ("Objeto exclusivo: que tengan por objeto exclusivo efectuar operaciones de seguro"); entre otros.

(6) Art. 156.

(7) HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASSO, Sebastián (dirs.), "Código Civil y Comercial de la Nación Comentado", Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., p. 296.

(8) Art. 11: "Contenido del instrumento constitutivo. El instrumento de constitución debe contener, sin perjuicio de lo establecido para ciertos tipos de sociedad: (...). 3) La designación de su objeto, que debe ser preciso y determinado".

(9) "El estatuto debe contener, sin perjuicio de otras disposiciones: (...) 1º. La denominación y el domicilio; 2º. La designación precisa del objeto social".

podrán asociarse y celebrar toda clase de contratos de colaboración entre sí y con personas de otro carácter jurídico para el cumplimiento de su objeto social, siempre que no desvirtúen su propósito de servicio.

En términos generales, nótese que las leyes especiales en materia societaria coinciden en la precisión y determinación del objeto social pues es un elemento esencial que determina el límite de la capacidad y, por ende, los límites a la actividad de la persona jurídica y de sus administradores y representantes (10).

Por otra parte, resulta necesario destacar que el art. 67 de la res. gral. 7/2015 de la Inspección General de Justicia establece que el objeto social de toda sociedad debe ser expuesto en forma precisa y determinada mediante la descripción concreta y específica de las actividades que contribuirán a su efectiva consecución y agrega que es admisible la inclusión de otras actividades, también descriptas en forma precisa y determinada, únicamente si ellas son conexas, accesorias y/o complementarias de las actividades que conduzcan al desarrollo del objeto social. Asimismo, ese articulado establece que no se admitirá la constitución de sociedades o reformas de objeto social que contemplen la exposición de un objeto múltiple y que el conjunto de las actividades descriptas debe guardar razonable relación con el capital social.

En efecto, la actual redacción del articulado mencionado recepta la directa relación entre objeto social y capital social: la previsión de un objeto plural con actividades inconexas o sin complementación entre ellas, dificulta gravemente la posibilidad de impedir que las sociedades se constituyan originalmente infra-

(10) HALPERÍN, Isaac, "Sociedades anónimas. Examen crítico de la ley 19.550", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1998, ps. 99 y ss.; FARGOSI, Horacio, "Sobre el objeto social y su determinación", LA LEY, 1977-A, 658 y ss., y "Sobre el objeto social y su interpretación", LA LEY, 1977-A, 684 y ss.; NISSEN, Ricardo A., "Ley de Sociedades Comerciales", Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1997, t. 2, ps. 37 y ss.; ROVIRA, Alfredo L., "Los arts. 30, 31, 32 y 33 de la Ley de Sociedades Comerciales y su aplicación a las sociedades constituidas en el extranjero" en nota al fallo "Laboratorios Miles de Argentina SRL"; COLOMBRES, Gervasio, "Curso de derecho societario. Parte general", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1972, p. 661; entre otros.

capitalizadas, con los claros y evidentes perjuicios que ello implica para los terceros que contratan con la sociedad, en especial, aquellas en las cuales la responsabilidad de sus integrantes se limita al aporte efectuado y a las participaciones sociales suscriptas por ellos, pues la infracapitalización societaria implica un traslado directo de los riesgos empresarios a los terceros, ajenos a la operatoria y funcionamiento de la sociedad con la cual contratan; la función de garantía hacia los terceros que cumple el capital social consiste en garantizar a quienes contratan con la sociedad, que esta contará, como mínimo, con el monto del capital social para afrontar sus compromisos (11).

IV. Exclusividad del objeto social

En razón de lo señalado, se ha visto que es unánime la nota de especialidad y determinación del objeto social de las personas jurídicas, pero —en algunos supuestos— el legislador ha exigido además que ese objeto sea exclusivo, es decir, que solo se encuentre acotado al ejercicio de una determinada actividad económica.

En nuestro ordenamiento jurídico, en adición a las entidades aseguradoras, podemos citar los siguientes ejemplos de exclusividad del objeto social:

- Entidades financieras: intermediación financiera (12).

- Sociedades de martilleros públicos: actos de remate (13).

(11) Considerandos de la res. IGI 5/2020 que resultó modificatoria de los arts. 67 y 68 de la res. gral. IGI 7/2015 y derogó la res. gral. IGI 8/2016.

(12) Ley 21.526 de Entidades Financieras y Normas sobre "Servicios complementarios de la actividad financiera y actividades permitidas" dictadas por el Banco Central de la República Argentina (t.o. 05/05/2022).

(13) Art. 15, ley 20.266: "Los martilleros pueden constituir sociedades de cualesquiera de los tipos previstos en el Código de Comercio, excepto cooperativas, con el objeto de realizar exclusivamente actos de remate. En este caso cada uno de los integrantes de la sociedad deberá constituir la garantía especificada en el art. 3º, inc. d)".

- Sociedades de productores asesores de seguros: intermediación y asesoramiento a asegurables y asegurados (14).

- Intermediarios de reaseguro: intermediación en contratos de reaseguro y/o retrocesión.

En consecuencia, la exclusividad se fundamenta en las particularidades de la actividad económica que se trate en donde el Estado, a través del cuerpo legislativo correspondiente, ha considerado que esa persona jurídica solo debería abocarse al desarrollo de esa actividad y no más otra, en razón de la complejidad y trascendencia de ella, a fin de salvaguardar los intereses sociales.

A mayor abundamiento, dicho requisito encuentra su fundamento a fin de asegurar una efectiva y satisfactoria prestación del servicio ofrecido, exigencias que incluso apuntaría a proteger el interés que pudieran tener los particulares al contratar con la sociedad dedicada a ejercer esa actividad exclusiva (15).

V. El objeto exclusivo de las aseguradoras. Alcance práctico

En línea con lo señalado precedentemente, la razón por la cual el legislador ha considerado que las entidades aseguradoras solamente efectúen operaciones de seguro se debe —precisamente— a la trascendencia y al fin social que reviste dicha actividad económica: las empresas de seguros administran una fuerte masa de capital constituido por las primas percibidas por cada contrato celebrado (16). Precisamente, una de las características del seguro es su mutualidad. Es decir, el asegurador debe agrupar los riesgos para reunir un fondo de primas

(14) Art. 20, ley 22.400: "Los productores asesores de seguros podrán constituir sociedades de cualesquiera de los tipos previstos en el Cód. de Comercio, con el objeto exclusivo de realizar las actividades enunciadas en el art. 11. Estas sociedades deberán realizar dichas actividades por intermedio de productores asesores registrados e inscribirse en registros especiales que llevar la autoridad de aplicación".

(15) CNCom., sala E, 08/06/2010, "Miriam Campos Propiedades SACIF c. Banco Columbia SA s/ ordinario".

(16) STIGLITZ, Rubén S., "Derecho de seguros", Ed. La Ley, 2016, 6ª ed. act. y ampliada, p. 49.

que le permita cumplir con la prestación futura a la que se compromete. De esa manera, el seguro: i) socializa los riesgos, pues las personas sometidas al mismo riesgo soportan, mediante el pago de las primas, los siniestros que sufren algunas de ellas; ii) crea capitales, por la constitución de grandes reservas por los aseguradores para afrontar los pagos de las indemnizaciones, con las pequeñas sumas pagadas por primas, y que deben ser invertidas; iii) crea crédito, porque refuerza la garantía de los acreedores (17).

En ese mismo sentido, lo ha entendido la jurisprudencia: “[e]l ex integrante de este Cuerpo, doctor Juan Carlos Félix Morandi, en su artículo ‘La ley 20.091, «De los aseguradores y su control» (...) afirma que las características particulares que presenta el seguro, dentro de las cuales resalta el comercio en masa, justifican la presencia de una autoridad de control que debe extremar su celo moderador en el análisis de las condiciones contractuales de aquel, a fin de que no sean vulnerados los legítimos intereses de los asegurados y el contrato de seguro cumpla con el objeto-fin social que debe satisfacer como acto jurídico (...) la regulación estatal apunta a encauzar una actividad específica, en la que confluyen intereses vinculados no solo con las economías privadas, sino con la nacional, la producción en general y la confianza pública, en razón de los cuales se ha instituido este sistema de control permanente, que comprende desde la autorización para operar hasta su cancelación (...). El esquema jurídico-económico del seguro exige, entre otras condiciones, que las empresas de seguros cuenten con una situación económico financiera sólida, que les permita el cumplimiento de los compromisos contraídos con los asegurados” (18).

En razón de la envergadura y la tecnicidad que reviste esta actividad económica, el legislador ha considerado que las empresas aseguradoras se dediquen exclusivamente a la ejecución de operaciones de seguro, a fin de resguardar su integridad patrimonial y situación económica-

financiera en pos de los intereses sociales que se encuentran en juego.

Por lo tanto, resta definir qué implicaría efectuar “operaciones de seguro”. La primera idea inmediata sería considerar que la actividad aseguradora solamente comprendería la celebración y ejercicio de contratos de seguros, el cual se da cuando el asegurador se obliga, mediante una prima o cotización, a resarcir un daño o cumplir la prestación convenida si ocurre el evento previsto (19).

Sin perjuicio de ello, es dable destacar que uno de los elementos típicos del seguro es el riesgo, entendido como la probabilidad o la posibilidad de que se produzca un hecho o un acto del hombre que pueda ocasionar un daño; precisamente, mediante el contrato de seguro, el titular del riesgo traslada las posibles consecuencias negativas de aquel al asegurador.

Conforme ya lo hemos señalado, las aseguradoras solo pueden ejecutar actos o actividades que refieran a operaciones de seguro, atento a la exclusividad de su objeto social, cuyo examen corresponde a la SSN quien, en ese aspecto, tiene el control exclusivo y excluyente en la materia para, eventualmente, determinar si una entidad regulada se encuentra ejecutando actos por fuera de su objeto social, lo que además, le implicaría un incumplimiento a las disposiciones y, consecuentemente, sería pasible de sanciones (20).

(19) Art. 1º, ley 17.418 de Seguros.

(20) Art. 58, ley 20.091: “Cuando un asegurador infrinja las disposiciones de esta ley o las reglamentaciones previstas en ella o no cumpla con las medidas dispuestas en su consecuencia por la autoridad del control, y de ello resulte el ejercicio anormal de la actividad aseguradora o una disminución de la capacidad económico-financiera del asegurador o un obstáculo real a la fiscalización, será pasible de las siguientes sanciones, que se graduarán razonablemente según la conducta del asegurador, la gravedad y la reincidencia: a) Llamado de atención; b) Apercibimiento; c) Multa desde el 0,01 por ciento hasta el 0,1 por ciento del total de primas y recargos devengados —neto de anulaciones— en el ejercicio económico anterior, que no podrá ser inferior al 0,5 por ciento del capital mínimo requerido; (inc. sustituido por art. 155 de la ley 24.241, BO del 18/10/1993); d) Suspensión hasta de tres [3] meses para operar en una o más ramas autorizadas o revocación de la autorización para operar como asegurador, en los casos de ejercicio anormal de la actividad

(17) HALPERÍN, Isaac, “Seguros”, Ed. Depalma, 2001, 3ª ed. act. y amp. por Nicolás BARBATO, p. 23.

(18) CNCom., sala C, 18/04/1996, “La Central del Plata SA”, AR/JUR/2261/1996.

Considerando que, en principio, el objeto exclusivo de las aseguradoras se reduciría a realizar operaciones de seguro, podría considerarse que el ejercicio de actividades o actos que resultasen conexos, accesorios o complementarios a ese objeto exclusivo, resultarían viables y no se configuraría transgresión alguna a la ley 20.091. Cabe destacar que dicha conexidad, accesoriedad o complementariedad debería estar intrínsecamente relacionada con el seguro o con alguno de sus elementos propios o esenciales, como ser, el riesgo.

Lo dicho anteriormente se torna eficaz y práctico en el ejercicio de determinados actos que podrían realizar las aseguradoras, que no necesariamente implicarían la celebración de contratos de seguro mediante los cuales se otorga una cobertura asegurativa; como ser: contratos de prestaciones de servicios de tipo asistencial y/o preventiva y/o de asesoramiento en materia de riesgos, que podrían ser o no concomitantes a un contrato de seguro. El ejercicio de tales actividades no representaría una violación al objeto exclusivo, en la medida que exista una conexidad, accesoriedad o complementariedad al seguro o a uno de sus elementos constitutivos y/o esenciales.

Lo señalado precedentemente podría plasmarse en atención al rol que cumplirán las aseguradoras en un futuro considerando la información que tendrán a su disposición sobre el comportamiento de los asegurados y/o asegurables: eventualmente, aquellas podrán estar en condiciones de ofrecer servicios de prevención y/o asesoramiento y/o infraestructura en materia de riesgos a sus clientes.

En el caso de reaseguro, ello podría evidenciarse de la siguiente manera: las reaseguradoras, además de celebrar contratos de reaseguro

aseguradora o disminución de su capacidad económico-financiera. El asegurador no podrá alegar la culpa o dolo de sus funcionarios o empleados para excusar su responsabilidad".

y/o retrocesión, estarían habilitadas a prestar servicios de asesoramiento a las cedentes en materia de suscripción de nuevos riesgos, sin necesidad de que las partes se encuentren inmersas en un contrato de reaseguro y/o retrocesión.

VI. Conclusiones

Las entidades aseguradoras tienen como objeto exclusivo realizar operaciones de seguro, conforme a lo estipulado en la ley 20.091. Dicha obligación legal viene dada por la importancia y la transcendencia de esa actividad económica en la sociedad.

Dicho control o examen de exclusividad corresponde a la SSN, en razón de su competencia exclusiva y excluyente en la materia. Aquellas entidades aseguradoras que ejerzan actos contrarios a ese objeto exclusivo, además de implicar una transgresión a una disposición legal con sus consecuencias correspondientes, atentan contra el orden que el legislador concibió para el equilibrio y el control en este tipo de actividad económica, en pos de salvaguardar los intereses sociales.

No obstante ello, la existencia de un objeto exclusivo, en este caso, para realizar operaciones de seguro, no obstaría a que las entidades supervisadas realizaran actos que resultasen conexos, accesorios o complementarios a ese objeto exclusivo, en la medida que exista una relación directa con él o con alguno de los elementos esenciales del seguro.

Sin perjuicio de que dicha cuestión no se encuentra explícitamente establecida en la reglamentación de la ley 20.091, y considerando el potencial rol que habrá de tener el mercado asegurador en el futuro (local e internacionalmente), sería oportuno eventualmente introducir estas aclaraciones, además de otras que considerase el regulador, en el punto 7 del Reglamento General de la Actividad Aseguradora que precisamente regula los requisitos para operar.

FAMILIA

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Escolaridad del hijo. Prohibición de cambio de colegio. Derecho del niño a ser oído. Posible existencia de acoso escolar. Abordaje.

Con nota de Victoria Blanchard

1. — En los procesos de familia, además del interés de los niños, se debe priorizar las soluciones que impliquen cierta estabilidad —aunque no inmutabilidad— para el hijo menor de edad, que posibiliten que su buen desarrollo emocional encuadre en una realidad más allá de lo afectivo y que requieran condiciones externas que la resguarden, afirmen y aseguren.
2. — La necesidad de evitar la sobrejudicialización de la vida familiar —y en particular la del niño— debería motivar en ambos progenitores una actitud más proclive a la concertación y al acuerdo intrafamiliar; indudablemente más beneficioso para todos.
3. — Los motivos dados con relación a la preferencia del niño respecto a un colegio aparecieron, más bien vinculados a su excesivo involucramiento en la conflictiva adulta.
4. — Un cambio en la escolaridad del niño comportaría presumiblemente la necesidad de realizar nuevos esfuerzos académicos, superiores a los que ya hizo, para equiparar sus aprendizajes y tareas a la currícula del colegio al cual se pretende su traslado.
5. — La convocatoria del niño para oír atentamente sus preferencias no lo convierte en árbitro o decisor de la problemática familiar.
6. — La posible existencia de situaciones de acoso escolar o exclusión no pueden ser soslayadas por los jueces. Los peritos de la primera instancia deberán tomar contacto con los profesionales del colegio, conversar sobre la situación señalada, realizar mayores indagaciones al respecto y —de ser el caso— coordinar con la institución un abordaje de la situación con estricta instrucción de no exponer de modo alguno al niño a otras situaciones de vulneración.

CCiv. y Com., San Isidro, sala II, 11/05/2021. - M. B. c. E. G. E. s/ medidas precautorias (Art. 232 del CPCC).

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/154403/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

TG-5313-2020

2ª Instancia.- San Isidro, mayo 11 de 2021.

Considerando:

I. Cambio de colegio

1. Sentencia del 26/02/21. Actividad recursiva.

a. La resolución indicada en el título decretó —en lo que aquí interesa— medida cautelar de no innovar respecto a la escolaridad de L. E., prohibiendo por este ciclo lectivo el cambio de colegio del niño, de modo tal que continuaría asistiendo al Colegio..., sito en Escobar.

b. Se interpusieron por parte del progenitor sendos recursos de apelación y nulidad, que aparecen fundados el día 10/03/2021, sin contestación por parte de la actora pese al traslado corrido en la misma fecha.

2. Recurso de nulidad

a. En este aspecto de su vía de gravamen, el demandado confunde en buena medida los alcances del recurso de nulidad comprendido en la apelación (art. 253 Cód. Proc. Civ. y Comercial) con el incidente de nulidad previsto para actos de procedimiento (art. 169 y ss. Cód. Proc. Civ. y Comercial).

El recurso de nulidad solo puede dirigirse a los defectos propios de la sentencia en su aspecto extrínseco, que la descalifican como acto jurisdiccional (violación de los requisitos de tiempo, lugar o forma prescriptos por la ley adjetiva). De allí que todas las argumentaciones relativas al modo en que se dictó la medida cautelar pese a la introducción del hecho nuevo quedan por fuera del ámbito remedial intentado (C. SI 8128/2019, “M. c. I. s/ alimentos”, R.I. N° 103/21 de esta Sala II°).

Se trata, como expresamente el apelante reconoce, de acusados vicios in procedendo que solo pueden corregirse mediante el incidente nulificadorio que no se ha promovido, lo que sella la suerte de estas quejas mal alzadas (arts. 253 y 179 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

ii. En cuanto a la falta de valoración de determinados hechos (concretamente, los introducidos el 12/02/2021) resulta claro que tales críticas se dirigen a criticar al acierto jurídico sustancial del fallo o su justicia. Estos vicios, propiamente in judicando, en-

cuentran vía de corrección específica en la apelación deducida pues constituyen acuses de errores de hecho que cabe a esta Sala analizar con la plenitud de jurisdicción que le otorga la apertura de su competencia funcional (art. 266 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Máxime si se tiene en cuenta lo reiteradamente sostenido por este Tribunal en el sentido de que los jueces deben fallar las causas conforme a la situación imperante al momento de la decisión, aun cuando sean sobrevenientes a la interposición del recurso (CSJN, Fallos: 259:76; 267:499; 311:787; 329-4717, y esta Sala II “M. A. N. c. M. E. A. s/ acciones de reclamación de la filiación” C. 9422-19, R.I N° 310-20).

De tal suerte que —como se verá— el cuadro fáctico que tomarán en cuenta los suscriptos para pronunciarse es global, comprensivo de todas las manifestaciones y probanzas colectadas, y actualizado a la fecha del pronunciamiento, puesto que se escuchó a L. E. tan solo unos días antes de esta sentencia.

Esta alternativa, incluso, es la que pide el recurrente como modo de atender las censuras planteadas cuando afirma que “ante la falta de tratamiento y no considerar el hecho nuevo denunciado, esta parte entiende necesario que nuevamente L. sea escuchado ante V.E. su decisión del cambio de colegio no fue considerados en lo más mínimo por el a quo” (textual del memorial del 10/03/21).

iii. Por las razones dadas, entonces, corresponde rechazar el recurso de nulidad comprendido en la apelación fundada el 10/03/2021.

3. Recurso de apelación

a. Conforme a una reiterada jurisprudencia de esta Sala, los desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de sus derechos-deberes de crianza deben resolverse en la forma que previene el art. 642 del Cód. Civ. y Comercial.

Se trata de comprender que aunque la solución siempre es mejor encontrarla en el diálogo intrafamiliar, la jurisdicción interviene como último recurso cuando el conflicto, en los hechos, se suscita (esta Sala II° in re “R., M. F. c. W., F. s/ medidas precautorias”, RI del 01/02/2021 y también cfr. “Bueres, Alberto y Highton, Elena “Código Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, T. I, Hammurabi, p. 1214 y sus citas; CNCiv., Sala K, 10/02/2005 “C., F. c. H., D.”).

Desde tal perspectiva, las vías de hecho comportan un actuar contrario a esa responsabilidad compartida por los integrantes de la diada parental y constituyen, por regla, un acto contrario al interés familiar (c. SI-

36303-2017 “L. O., J. I. c. M. R., M. s/ comunicación con los hijos”, RI 96/21 de esta Sala II° y C. INC2-69631 “M., C. G. c. T., N. S. s/ ejecución de convenio”, RI 246/21 de esta Sala II° con otra integración).

b. En cuanto a los criterios empleados para resolver tales diferencias, se ha afirmado que los jueces deben acompañar una u otra propuesta sobre la base de la razonabilidad de las peticiones u oposiciones de los padres (CNCiv, Sala M, 20/12/2013, “B. V., F. c. P. M., R. s/ art. 250 CPC incidente familia”).

Se trata de un ejercicio caso a caso, puesto que la determinación del interés superior del niño así lo exige. No obstante, se ha destacado jurisprudencialmente que además del interés de los niños, estos procedimientos deben priorizar las soluciones que impliquen cierta estabilidad —aunque no inmutabilidad— para el hijo menor de edad, que posibilite que su buen desarrollo emocional encuadre en una realidad más allá de lo afectivo y que requiera condiciones externas que la resguarden, afirmen y aseguren (CNCiv., Sala L, 24/08/2005 “V., M. N. y otro c. S., W. F. s/ autorización - proceso especial”).

c. No es un aspecto controvertido de este procedimiento que el Sr. E. procuró —mediando oposición materna— alterar un aspecto significativo del cotidiano del hijo en común L. (v. intercambio de correos electrónicos acompañados al escrito de inicio, contenido de ese libelo y escrito del demandado del 29/12/2020 de donde surge que esta decisión la habló con el hijo y luego se la comunicó a la actora).

Si se parte de las premisas más arriba enunciadas, el Tribunal no puede sino coincidir con la solución a la que arribara la Sra. Jueza de grado la cual —además— encuentra razonable apoyatura en los elementos producidos hasta el momento de su dictado.

En efecto, del informe producido con fecha 09/02/2021 se desprende con claridad la conformidad de L. con su colegio habitual (Northfield), satisfacción con la instrucción allí recibida y su larga pertenencia a la institución. También que, pese a haber considerado el cambio de escuela, no estaba muy seguro de ello por los amigos que dejaría de ver.

La colega de grado ha hecho particular mérito de tal probanza y la unió en una hermenéutica completa con el principio de estabilidad en las condiciones de existencia de los hijos menores de edad, generalmente aceptado como se dijo y también aplicado por esta Sala en supuestos de similar tenor (v., por caso, “P., N. A. c. S. M., F. J. s/ cuidado personal de hijos” C. 56127/17, SD N° 102 del 06/10/2020).

A ello adunó compartibles consideraciones en punto a la relevancia del derecho involucrado, el rol de los progenitores en esta materia, la actuación subsidiaria del actuar jurisdiccional en escenarios de discordia y una ponderación relativa a los hechos particulares de esta litis (concretamente, inicio del ciclo lectivo 2021).

Con todo ello a la vista, y en razonamiento con el que se coincide, el a quo llegó a una interpretación acerca de cómo honrar el interés superior de L. en este caso.

De consuno con ello, para el momento del dictado de la medida impugnada se corroboró: a) Disenso parental en punto a la escolaridad del hijo menor de edad; b) Alteración mediante vías de hecho de este aspecto de la vida del hijo en común y c) Corroboración de que esta decisión no aparecía ligada a una necesidad imperiosa de L. sino a una actitud frente a la imposibilidad de los padres de llegar a acuerdos recíprocamente aceptables para llevar adelante la crianza de dicho hijo.

Pese a la comprimida tramitación que tolera una petición cautelar, se aseguró en el grado bilateralización, producción de algunos elementos de corroboración y escucha directa del niño. Y de una ponderada meritución de todos estos aspectos de la litis es que se llegó a la decisión que viene recurrida.

Juzgamos entonces que los sólidos argumentos dados por la primera juzgadora no aparecen suficientemente rebatidos en el memorial, lo que sella su suerte adversa (art. 260 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

d. Con todo, en virtud del hecho nuevo introducido el 12/02/2021, el contenido del memorial del 10/03/2021 y el informe de fecha 23/03/2021 los suscriptos decidieron formular nueva convocatoria al protagonista de este proceso, para imponerse más acabadamente de su situación actual y su posicionamiento respecto de aquello que es materia de debate.

Valoramos, en punto a la razonabilidad de realizar una nueva escucha, las manifestaciones del niño en el sentido de querer concurrir al colegio propuesto por su progenitor. Este deseo, según se desprende del informe psicológico y del memorial, se basó en un aspecto nada desdeñable como es el ser víctima de acoso escolar en el colegio Northfield.

No soslayaron los suscriptos la indicación en sentido diverso de la profesional actuante en el grado (informe de fecha 23/03/2021, último párrafo). Coincidimos en general con la necesidad de evitar reiteradas comparecencias de personas menores de edad en los tribunales y en tal dirección hemos decidido más de una vez (C. SI 2557-20 RI del 18/12/2020; C. 56.127 - 2017, RI del 06/10/2020; cfr. además O.G. 12

del Comité de los Derechos del Niño ONU y Regla N° 69 de las Cien de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad).

Y de verdad lamentamos que L. haya tenido que transitar una nueva experiencia de estas características, con sus seguras cargas de estrés y ansiedad; pese al buen ánimo con el que se lo observó en el comparendo y los esfuerzos hechos por el Tribunal y el Ministerio Público para amenizar su escucha. La necesidad de evitar la sobrejudicialización de la vida familiar —y en particular la del niño— debería motivar en ambos progenitores una actitud más proclive a la concertación y al acuerdo intrafamiliar; indudablemente más beneficioso para todos.

Parece necesario recordar aquí que la escucha del niño no es un acto de parte, por lo que no puede ser reivindicada por ninguno de los sujetos procesales (c. TG 6125-18, RI del 17/03/2021; y cfr. Fernández, Silvia E. “El derecho al recurso y la tutela judicial efectiva: algunas reflexiones en torno a los principios de protección especial y justicia especializada en cuestiones de familia” JA, 2016-I; en similar sentido, v. Pellegrini, María Victoria, “Derecho constitucional del menor a ser oído”, LA LEY, 1998-B, 1336).

e. De todas maneras, la conversación franca que pudimos mantener con L. ha sido de particular utilidad.

Junto con la Asesora de Incapaces interviniente pudimos corroborar que el niño recibe actualmente —y con regularidad— su formación por medios remotos desde el Colegio Northfield, tras haberse tenido que poner al día en virtud de la demora en su escolarización para este grado que cursa. Pudimos verificar en general su satisfacción con los contenidos impartidos, algunos de ellos incluso muy vinculados a la programación informática, orientación a la que desea dedicar sus estudios superiores.

No habremos de ahondar en el relato de L., por lealtad al compromiso con él asumido —y que la ética y el buen sentido imponen— respecto de la confidencialidad de sus manifestaciones con miras a no agudizar su difícil posición en el conflicto parental.

Pero sí cabrá decir que no corroboramos en su espontánea expresión manifestaciones de angustia o preocupación en punto al Colegio Northfield. Y los motivos dados con relación a su preferencia por el Colegio Santa Teresa aparecieron, en nuestro leal entender, más bien vinculados a su excesivo involucramiento en la conflictiva adulta.

Todas estas corroboraciones llevan a descartar las protestas alzadas por el progenitor con fecha 10/03/2021 que orbitan —en esencia— en torno a la

que es la verdadera voluntad del niño y su supuesto rechazo categórico a concurrir al colegio....

f. De las constancias de autos surge que el niño L. ha asistido a ese colegio desde los dos años de edad (v. informe del 09/02/2021, p. 3, 2° párr.) El ciclo lectivo que actualmente cursa es el último del primario (v. documentación acompañada al escrito de inicio, de donde surge que durante 2020 cursó quinto grado).

De otro lado, en la fecha en la que toca decidir, pese a la prioridad asignada en el despacho de la causa, nos encontramos en una etapa avanzada de este año escolar. Ello sugiere que introducir un cambio en la escolaridad del niño comportaría presumiblemente la necesidad de realizar nuevos esfuerzos académicos, superiores a los que ya hizo, para equiparar sus aprendizajes y tareas a la currícula del colegio al cual se pretende su traslado (Santa Teresa).

Descartadas las graves manifestaciones negativas en el ánimo acusadas en el memorial, y ponderando todos los elementos más arriba reseñados en su conjunto, juzgamos que la decisión apelada merece confirmación.

Además, fuerza es recordar a esta altura del discurso, que como tiene dicho la más alta instancia provincial, la convocatoria del niño para oír atentamente sus preferencias no lo convierte en árbitro o decisor de la problemática familiar. Hay evidente injusticia en colocar al niño en ese rol, en que tendrá que dirimir un conflicto de lealtades totalmente dañino. L. ha sufrido este posicionamiento en el que ha quedado, tal como se desprende del informe experto 23/03/2021.

Supuestos como el estudiado exigen hacer una valoración integral, en la cual el juez pondere además de las verbalizaciones de la persona menor de edad, otros elementos de la causa, los indispensables aportes de la interdisciplina y busque el modo de equilibrar o corregir aquellos aspectos de la decisión considerada más adecuada que podrían generar la insatisfacción del menor de edad (cfr. SCBA, AC 78.728 S 02/05/2002 “S. de R., S. C. R., J. A. s/ divorcio contradictorio”; esta Sala II° en c. SI - 2557 - 2020, “D., F. R. c. G. C., J. A. s/ reintegro de hijo”, RI 549 del 18/12/2020).

g. Por ello mismo, juzgamos que la posible existencia de situaciones de acoso escolar o exclusión no pueden ser soslayadas en buena lid por estos juzgadores.

Constituye un deber calificado en cabeza de las magistraturas especializadas en asuntos de familia la prevención del daño (arts. 1710 a 1713 y 1725 del Cód. Civ. y Comercial).

Y no son difíciles de imaginar las consecuencias que un contexto de esas características podría tener sobre la autoestima y —de manera más general— sobre la salud moral y física del niño; aspecto en torno al cual existe abundante consenso interdisciplinario (v. Morales-Ramírez, M. E., & Villalobos - Cordero, M., 2017, “El impacto del bullying en el desarrollo integral y aprendizaje desde la perspectiva de los niños y niñas en edad preescolar y escolar”. Revista Electrónica Educare, 21-3, 25-44; y sus numerosas citas).

Los niños no son solo un sujeto más en situación de vulnerabilidad, acreedores en tanto que tales de calificada tutela. Son, como se ha dicho con tino, la representación del futuro, la humanidad en ascenso (CNCiv, Sala B, “APA” c. N° 94.325). La protección de sus intereses es un encargo particularmente delicado, que obliga a extremar la diligencia y la oficiosidad en los actores del sistema judicial (arts. 706 y 709 Cód. Civ. y Comercial).

De los informes rendidos hasta el momento surge que el Colegio Northfield se ha comportado de manera receptiva y empática frente a las vicisitudes de la conflictiva familiar y las particularidades de la situación de L. (v. informes del 17/03/2021, de donde se desprende que el colegio reservó su vacante pese al pedido de baja del progenitor por conocer la conflictiva familiar y manifestaron preocupación por L. y disposición a garantizar su escolaridad; 19/03/2021 donde se informó adaptación curricular; del 23/03 donde el propio progenitor afirma la buena contención con la que L. fue recibido).

De allí que juzgamos que esta posible situación debe abordarse con prontitud mediante la actuación coordinada del equipo técnico del grado y de la Secretaría Pedagógica de la institución (<http://....edu.ar/es/puertos/infografia>).

Los peritos de la primera instancia deberán tomar contacto con los profesionales del colegio, conversar sobre la situación señalada, realizar mayores indagaciones al respecto y —de ser el caso— coordinar con la institución un abordaje de la situación con estricta instrucción de no exponer de modo alguno a L. a otras situaciones de vulneración. Todo con intervención de la Sra. Asesora de Incapaces en la forma prevista por el art. 103 del Cód. Civ. y Comercial.

2.- Resolución del 17/03/2021

a. En lo que aquí interesa, la resolución indicada en el subtítulo, resolvió “[i]ntimar al Sr. E. a dar estricto cumplimiento en forma inmediata con la resolución dictada en autos debiendo acreditar dentro del plazo de 24 horas la concurrencia del niño al colegio... sea

por modalidad presencial o virtual de acuerdo a lo que las autoridades escolares dispongan”.

b. Sabido es que a los efectos del tratamiento de un recurso, la providencia apelada debe causar un perjuicio, pues sin gravamen no procede la apelación (conf. Palacio, “Derecho Procesal Civil”, T. V, ps. 13/14; Alsina, “Tratado...”, T. IV, p. 212; causa 106.864 Sala II^a). Todo recurso supone como fundamento jurídico la existencia de un perjuicio actual y concreto sufrido por el pretense agraviado en virtud de la resolución impugnada (conf. Arazi-Bermejo-De Lázzari-Falcón-Kaminker-Oteiza-Rojas, “Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires”, Rubinzal-Culzoni, Ed. 2009, T. II, p. 180 y ss.; causa D-10814-3 19/03/2013 r.i. 70/13 Sala II^a).

Y la providencia que en esencia dispone una intimación —aun cuando vaya acompañada de un apercibimiento— no causa agravio desde que en definitiva no hay decisión concreta y ello enerva los pretendidos ataques recursivos (arts. 34, inc. 5°, 163, inc. 5° y 6°, 242, CP; cfr.: Fassi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación”, vol. I, p. 638; c. 42507-17, “P., R. M. c. R., A. O. s/ ejecución de sentencia”. R. I. del 19/11/2020 de esta Sala II, y sus abundantes citas).

c. En definitiva, la suerte de este recurso (en lo que al cambio de colegio refiere) quedó anclada a la primeramente deducida, sobre todo si se tienen en cuenta los hechos ponderados por los suscriptos para resolverla.

En este aspecto, la vía de gravamen es improcedente y no corresponde su estudio.

II. Comunicación materno filial.

1. Antecedentes y resolución apelada.

a. El día 12/02/2021 la actora presentó un escrito en el que manifestó que el Sr. E. no se encontraba cumpliendo el régimen de comunicación informalmente acordado entre ambos progenitores. Tal sistema consistía en la convivencia del niño L. una semana con cada progenitor, con rotación los días sábados.

La Sra. H. manifestó que este corte en la comunicación comenzó cuando el Sr. E. retiró al hijo común del domicilio materno en un contexto de conflictividad causado por la cuestión escolar aquí tratada.

Tal situación de incomunicación materno-filial se mantuvo en el tiempo, a poco que se tenga en cuenta la entrevista realizada por la primera juzgadora con el niño el 17/03 y el informe técnico del 23 posterior.

b. Originalmente la colega de grado despachó una intimación para que el progenitor “de forma inmedia-

ta cumpla con su derecho-deber de colaboración con el otro progenitor, habilite el contacto materno-filial y facilite la fluida comunicación con el hijo” (auto del 17/02/2021).

El Sr. E. manifestó que tomó la decisión de alterar la dinámica comunicacional entre hijo y madre luego de que este último le relatara un episodio en que la progenitora dejó a L. al cuidado de una persona extraña en un hotel, con miras a evitar su recorrido en las instalaciones del colegio Santa Teresa (escrito del 08/03/2021 - “Hecho nuevo - Denuncia”).

c. En este escenario es que se dicta la resolución que intimó al progenitor a “cumplir con el régimen de cuidado que se venía desarrollando” el día 17/03/2021.

2. Actividad recursiva

a. Apeló el intimado el día 24/03/2021 y fundó su remedio el día 06/04 posterior. Las réplicas a su memorial fueron traídas al proceso por la actora el día 08 siguiente y la Señora Asesora dictaminó sobre el punto con fecha 26/04/2021.

b. Los agravios de Sr. E. se ciñen —prieta síntesis— al modo en que la colega de la instancia anterior ponderó las manifestaciones de L. durante el procedimiento. Destaca las expresiones del niño sobre el malestar que le causaron ciertas actitudes maternas y la valoración profesional hecha por el equipo técnico sobre la existencia de aspectos a reparar sobre la vinculación filial-materna.

Agrega que el niño es quien le ha pedido no retomar la convivencia con la madre, en virtud de las conductas a las que alude.

E. afirma que, contrariamente a lo sostenido por la primera sentenciante, el episodio ya narrado del hotel y la delegación del cuidado en una persona ajena al conocimiento de L. sí constituye un supuesto de gravedad suficiente como para justificar la alteración del régimen de vida del hijo. De ello colige que se ha colocado al niño en la posición de objeto y no de sujeto de derecho.

Sostiene, también, que esta resolución tampoco se encuentra debidamente fundada.

3. Resolución

a. Se reitera que las intimaciones, como la que contiene la resolución apelada, no causan gravamen porque nada deciden, por lo que la vía remedial es improcedente (arts. 242, 260 y 266 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

b. Aun cuando tal corroboración ya sella la suerte negativa de las quejas alzadas, en la entrevista de la que da cuenta el acta de fecha 06/05/2021 pudimos corroborar que L. había retomado su contacto con la Sra. Herrera. En efecto, el niño fue traído y retirado de la sede del Tribunal por esta última.

Como ya se señaló también, los pronunciamientos judiciales deben ajustarse a las condiciones existentes al momento de su dictado. Y no corresponde a los jueces pronunciarse sobre cuestiones que han adquirido carácter abstracto (conf. SCBA. Ac. 34.991 del 17/09/1985; causa N° 102.604 r.i. 57/08 del 11/12/2008 Sala II^a).

c. Aun cuando pudiera caber el análisis respecto del fondo de la decisión —en virtud de la falta de mayores elementos que permitan corroborar si la incomunicación ha sido totalmente superada— lo cierto es que solo mediante un estudio fragmentado del causal probatorio podrían prosperar las censuras que el progenitor esgrime en este cuadrante.

Va de suyo que no constituye adecuada técnica de impugnación valerse solo de las partes favorables de la prueba rendida y desdeñar las demás adversas a la propia pretensión.

Y en efecto, las propias manifestaciones del niño que sirven de sustento a otras parcelas del recurso del demandado, aparecen en esta visiblemente soslayadas.

Es el propio L. el que dijo que, pese al malestar que le causó la conducta materna señalada por el recurrente, deseaba retomar su régimen de vida alternado con cada progenitor (v. informe del 23/03/2021); como bien señaló la Sra. Asesora en su dictamen del 08/04 pasado.

d. No hay entonces, y como se dice en el recurso, falta de fundamentación de la decisión adoptada, sino una adecuada valoración de las circunstancias fácticas a contraluz de la importancia dirimente que tiene para el niño una adecuada comunicación con ambos progenitores (arts. 9 inc. 3 CDNNA, 639 inc. a, 641, 652, 656 y 658 Cód. Civ. y Comercial).

Esta Sala ya ha sostenido en reiteradas oportunidades la importancia crucial que tiene este derecho —que reposa sobre elementales conceptos de Derecho Natural— en la correcta estructuración del psiquismo de los hijos. El incumplimiento en el deber de facilitar la comunicación deja vacíos existenciales difíciles de colmar, inseguridades, insatisfacciones, desazón y tristeza en los hijos menores de edad (cfr. Kemelmajer de Carlucci, Aída; Herrera, M. y Lloveras, Nora, “Tratado de Derecho de Familia” Santa Fe,

Ed. Rubinzal-Culzoni: 2014 y esta Sala en “P., R. M. c. R. O. A. s/ ejecución de sentencia” c. 42507-17, RI N° 492/20).

Así las cosas, el evento narrado —aunque amerita un señalamiento a la actora en punto al malestar que parece haberle causado al pequeño— no constituye elemento de peso para derrotar la conveniencia de que el niño pueda seguir gozando del afecto y la cercanía de ambos progenitores.

Se trata, más bien, de otro capítulo más de la conflictiva parental que encuentra suficiente abordaje con la derivación terapéutica que la resolución apelada también contiene, que no ha sido materia de agravios (arts. 260 y 266 Cód. Proc. Civ. y Comercial) y con la que cabe enérgicamente insistir para bienestar de todo el grupo familiar.

e. Todas estas razones conducen a la confirmación de la resolución del 17/03/2021 en lo que a la comunicación filial-materna refiere, lo que así se resolverá.

III. Costas y honorarios

Como modo de contribuir a la paz familiar y no exacerbar los sentimientos de vencimiento o triunfo incompatibles con esta clase de tramitaciones (cuestión atinadamente señalada en la providencia de la colega de grado del 26/02/2021, pto. resolutivo N° II) se impondrán las costas por los dos recursos traídos en el orden causado (arts. 3 Cód. Civ. y Comercial, 68 y 69 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Creemos que la intervención de ambas instancias jurisdiccionales no ha sido en beneficio del interés de uno u otro progenitor, sino del familiar y como modo de honrar —en la mayor medida de lo posible— el superior de L. (cfr. SI 38.679/18 “G. c. V. s/ autorización judicial”, RI 143/21 de esta Sala II^a). Los honorarios se regularán en la ocasión de ley (art. 31 y 51 ley 14.967).

IV. Comunicación de esta resolución

Las resoluciones que, mas no sea en alguna medida, no se pliegan a las preferencias puestas de manifiesto por el niño en alguna altura del proceso, deben serle comunicadas con calificada diligencia.

En ello cumple un rol de primera importancia la actuación de los progenitores y sus letrados. Ninguno de los sujetos procesales, como se dijo, debe considerarse vencedor o vencido en esta incidencia. Y no deberán infundirse al niño L. sentimientos negativos con relación a la institución escolar o a los distintos aspectos de su régimen de vida que han sido materia de debate.

Se formula esta exhortación bajo apercibimiento de considerar la Sra. Jueza a quo la imposición de sanciones conminatorias progresivas de carácter patrimonial por cada incumplimiento que advierta (arts. 37 Cód. Proc. Civ. y Comercial y 804 Cód. Civ. y Comercial). Los montos habidos en tal concepto se depositarán a favor de L. en una cuenta a nombre de estos autos y a la orden de la magistrada de primera instancia para su ulterior colocación a plazo fijo hasta tanto el hijo en común llegue a la mayor edad o se proponga inversión en su exclusivo interés.

No siendo necesario tratar más agravios que los conducentes para la resolución de los recursos, en

virtud de lo normado por los arts. 28, 75 incs. 22 y 23, 3 CDNNA; 3, 642, 706 inc. c y 707 Cód. Civ. y Comercial; 36 C. Pcial.; 68 y 69, 230 y 232 Cód. Proc. Civ. y Comercial y de conformidad con lo requerido por la Sra. Asesora de Incapaces, el Tribunal resuelve: Confirmar las resoluciones de fechas 26/02 y 17/03, ambas de 2021, en todo cuanto pudieron haber sido materia de agravio. Costas por ambos recursos en el orden causado, con diferimiento de la regulación de honorarios para la ocasión de ley. Regístrese y notifíquese por Secretaría. Expedida que se encuentre la Sra. Asesora de Incapaces, bajen. Notificaciones (conf. art. 11 del Anexo I del Ac. 3845, modif por Ac. 3991 SCBA). — *Jorge L. Zunino*. — *María F. Nuevo*.

La judicialización de las diferencias entre progenitores sobre aspectos atinentes a la responsabilidad parental

Victoria Blanchard (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desacuerdos entre progenitores. Pautas orientadoras.— III. Las costas del proceso como modo de contribuir a la paz familiar, la comunicación de la sentencia y las sanciones por incumplimiento.— IV. Aproximaciones finales.

I. Introducción

La Cámara de Apelaciones de San Isidro se pronunció en torno a una medida cautelar de no innovar promovida por la progenitora de un adolescente, en virtud de la cual, en primera instancia, se prohibió el cambio de escolaridad solicitado por el padre. Recurrida que fuera la sentencia por el progenitor e invocando como

hecho nuevo una situación de acoso escolar que habría sufrido su hijo en el colegio al que concurría, el tribunal de alzada decidió valorar nuevamente las manifestaciones del niño en el marco de una nueva audiencia (1).

En el caso en comentario, se corroboró la existencia de disenso parental en punto a la escolaridad del hijo menor de edad, la alteración mediante vías de hecho de este aspecto de la vida del hijo por parte del progenitor y de que la decisión relativa al cambio de colegio no apa-

(*) Abogada (UBA); especialista en Derecho de Familia (UCA); abogada del Niño; mediadora; encargada del Consultorio Jurídico del Colegio de Abogados de Azul (por concurso); coordinadora del Instituto de Derecho de Familia del Colegio de Abogados de Azul.

(1) "M. B. c. E. G. E. s/ medidas precautorias (art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com.) TG-5313-2020", sent. del 11/05/2021.

recía ligada a una necesidad del hijo de las partes sino a una actitud frente a la imposibilidad de los padres de llegar a acuerdos relativos a la crianza. Se justipreció además la conformidad de L. con su colegio habitual, considerando especialmente que, dado lo avanzado del año escolar, un cambio en este aspecto comportaría presumiblemente la necesidad de realizar nuevos esfuerzos académicos.

La alzada interviniente resuelve confirmar la sentencia apelada por los argumentos expuestos, instando al equipo interdisciplinario a tomar contacto con los profesionales del colegio y coordinar con la institución un abordaje de la situación con estricta instrucción de no exponer de modo alguno a L. a otras situaciones de vulneración. Todo con intervención de la asesora de incapaces. Las costas se imponen por su orden.

A los fines expositivos, se destacarán en el presente comentario las pautas orientadoras que se extraen del pronunciamiento en comentario a fin de resolver los desacuerdos de los padres respecto de los aspectos atinentes a la vida de sus hijos, la imposibilidad de considerar la escucha del niño niña o adolescente —en adelante, NNA— como medio probatorio y, finalmente, la imposición de las costas del proceso en este tipo de conflictos familiares.

II. Desacuerdos entre progenitores. Pautas orientadoras

El Cód. Civil y Comercial establece en el art. 642 un procedimiento específico para el caso de desacuerdos que pudieran surgir entre los progenitores respecto de algún acto o decisión sobre los bienes o la vida del niño. Así, el juez deberá resolver la cuestión mediante el procedimiento más breve del que disponga, previa audiencia a la que deberán asistir los progenitores, el Ministerio Público y el niño involucrado, según su edad. Si en dicha audiencia no se logra alcanzar un acuerdo, compete al juez dilucidar si el acto cuestionado es abusivo o perjudicial para la salud física o espiritual del niño. En su resolución el juez, siempre tendrá como consideración principal al interés superior del niño, de conformidad con lo previsto en el art. 63, apart. a), del Cód. Civ. y Com. Asimismo, el juez, para resolver estos conflictos, podrá orde-

nar la realización de medidas que impliquen la intervención multidisciplinaria.

Respecto del fondo del asunto, refiere el tribunal interviniente en el caso de análisis que, frente a los desacuerdos de los progenitores en el ejercicio conjunto de sus derechos deberes de crianza, debe apelarse al contenido del art. 642 del Cód. Civ. y Com.

En este orden de ideas y en pos de los criterios empleados por la judicatura para resolver tales diferencias, precisa la Cámara de Apelaciones que deberá estarse en primer término al diálogo intrafamiliar, interviniendo la jurisdicción como último recurso.

Agotada la vía del consenso de las partes, se afirma en el caso en estudio que los jueces deben considerar las propuestas de aquellas sobre la base de la razonabilidad de las peticiones u oposiciones de los padres.

Asimismo, en el caso en estudio, el sentenciante valoró especialmente que las vías de hecho adoptadas por el progenitor comportaron un actuar contrario a la responsabilidad compartida por los integrantes de la diada parental y un acto contrario al interés familiar (2).

Es medular en este tipo de procesos, como pauta orientadora —a más de las ya expuestas— la primacía de aquellas soluciones que preservan la estabilidad del hijo menor de edad, en pos de su desarrollo emocional. Este principio de estabilidad, en las condiciones de existencia de los hijos menores de edad, es escindido por el juzgador del principio de inmutabilidad: “En todas las situaciones que tienen como pro-

(2) CNCiv., sala I, 24/08/2005, “V., M. N. y otro c. S., W. F. s/ autorización - proceso especial”. Utilizando como pauta el “interés superior del niño”, no existen suficientes razones para modificar la tenencia ejercida por el padre, pues un cambio de hábitat y de vida (sino país, otra cultura, otras costumbres, etc.) en las actuales circunstancias en nada beneficia al menor, toda vez que ello provocaría la separación, no solo de su padre —con quien ha convivido desde la partida de la madre a España— sino también de su entorno afectivo más cercano, su barrio, su colegio, sus amigos, su ciudad y su país, cuestiones de vital importancia en esa etapa de la vida del menor; c. SI36303-2017, “L. O., J. I. c. M. R., M. s/ comunicación con los hijos”, RI 96/21 de esta sala II y c. INC2-69631 “M., C. G. c. T., N. S. s/ ejecución de convenio” RI 246/21 de esta sala II con otra integración.

tagonistas a los menores es necesario buscar, además del interés del menor, una solución que implique una cierta estabilidad —aunque no inmutabilidad— que posibilite el buen desarrollo emocional de aquellos. Dicha estabilidad debe encuadrarse en una realidad va más allá de lo afectivo y que requiere condiciones extremas que resguarden afirmen, y aseguren la misma. El entorno de un menor consiste en su vida familiar, escolar y social y cualquier desequilibrio en este sistema exige una nueva adaptación por parte del niño y esta alternativa, necesariamente, debe ser mejor o igual a la anterior a efectos de evitar que el menor se vea perjudicado”.

En lo que hace a la opinión del niño, el tribunal destaca que la escucha del niño no es un acto de parte, por lo que no puede ser reivindicada por ninguno de los sujetos procesales (3). En ese sentido, se ha entendido útil aclarar que la escucha del niño no constituye un medio de prueba —ni siquiera de una prueba testimonial—, sino un acto que se lleva en interés y beneficio exclusivo del propio niño. En esta senda, Kemelmajer de Carlucci ha señalado que el derecho a ser oído no es un acto de parte; es nada menos que un derecho del niño que no puede ser reivindicado para sí por ninguna de las partes del proceso (4). Además, puntualiza que la convocatoria del niño para oír atentamente sus preferencias no lo convierte en árbitro o decisor de la problemática familiar, de modo que corresponde hacer una valoración integral, en la cual el juez pondere, además de las verbalizaciones de la persona menor de edad, otros elementos de la causa, con los indispensables aportes de la interdisciplina (5).

(3) C. TG 6125-18, RI del 17/03/2021; y cfr.; en similar sentido, v. PELLEGRINI, María Victoria, "Derecho constitucional del menor a ser oído", LA LEY, 1998-B, 1336 (c. SI 2557-20 RI del 18/12/2020; c. 56127-2017, RI del 06/10/2020; cfr. además obs. gral. 12 del Comité de los Derechos del Niño ONU y regla 69 de las Cien de Brasilia para el Acceso a la Justicia de Personas en Condición de Vulnerabilidad).

(4) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída, "El derecho constitucional del menor a ser oído", RDPC 1994-172/173.

(5) PELLEGRINI, María Victoria, "Derecho constitucional del menor a ser oído", LA LEY, 1998-B, 1336. No debemos dejar de lado que las decisiones judiciales tienen como pauta obligatoria la de proteger "el interés superior del niño" (art. 3º, Convención), y no siempre la protección de tal interés coincide con la voluntad del menor. Existen

De este modo, del análisis del fallo reseñado puede extraerse *prima facie* que deben justipreciarse en este tipo de conflicto familiar, a más del interés del niño y del familiar, las propuestas de los progenitores y/o en su caso la fundamentación de sus oposiciones, adquiriendo especial relevancia el principio de estabilidad —no identificable con el principio de inmutabilidad— y la opinión del niño, con la salvedad de que no constituye un medio de prueba.

III. Las costas del proceso como modo de contribuir a la paz familiar, la comunicación de la sentencia y las sanciones por incumplimiento

Con la expresa finalidad de no exacerbar los sentimientos de vencimiento o triunfo incompatibles con esta clase de tramitaciones, la cámara interviniente impuso las costas en el orden causado. Ello, en el entendimiento de que la intervención de ambas instancias jurisdiccionales no ha sido en beneficio del interés de uno u otro progenitor, sino del familiar y como modo de honrar el superior interés de L. En torno a este ítem reza el pronunciamiento en comentario que ninguno de los sujetos procesales, debe considerarse vencedor o vencido.

Asimismo, agrega el juzgador la advertencia de no infundir al niño L. sentimientos negativos con relación a la institución escolar que ha sido materia de debate. Se formula esta exhortación bajo apercibimiento de considerar la imposición de sanciones conminatorias progresivas de carácter patrimonial por cada incumplimiento que advierta (arts. 37, Cód. Proc. Civ. y Com., y 804, Cód. Civ. y Com.). Los montos habidos en tal concepto se depositarán a favor de L. en una cuenta a nombre de estos autos y a la orden de la magistrada de primera instancia para su ulterior colocación a plazo fijo hasta tanto el hijo en común llegue a la mayor edad o se proponga inversión en su exclusivo interés.

otros elementos de valoración que el juez merituará para arribar a una decisión que establezca qué es "lo menos malo" para el niño. La valoración que efectúe el juez de las opiniones expresadas por el menor está relacionada con su evolución y grado de madurez, elementos que inevitablemente surgirán de otros informes (psicológicos, socio-ambientales, escolares, etc.).

IV. Aproximaciones finales

El Cód. Civ. y Com. establece en el art. 642 un procedimiento específico para el caso de desacuerdos que pudieran surgir entre los progenitores. Si no se logra un acuerdo de partes, le compete al juez dilucidar la problemática planteada, a cuyo fin atenderá a una serie de principios rectores. Entre ellas, la opinión del NNyA, el interés superior del niño y del grupo familiar, y el principio de estabilidad. Dos precisiones interesantes surgen del fallo en comentario. Una es la disquisición entre el principio de estabilidad y de inmutabilidad. Otra es la inconveniencia de considerar la escucha del niño como medio de prueba, lo que hace que se lo desplace del lugar de árbitro en la conflictiva familiar.

Ahora bien, más allá de este mecanismo específico previsto por la norma de fondo para casos de desacuerdo entre los progenitores, es claro que la resolución comentada sobrepasa la puntual conflictiva planteada relativa al cambio de escolaridad. Es así que, en un intento de revertir la dinámica familiar, se expide el juzgador en dos sentidos. Por un lado, innova en materia de costas al imponerlas por su orden aun frente al rechazo de la apelación deducida y el principio objetivo de la derrota, de modo que ninguno de los sujetos procesales se considere vencedor o vencido. Por otro, en la exhortación a la comunicación de la resolución, con la especial advertencia de que cualquier repercusión negativa que se infunda al niño en torno a la materia debatida tendrá consecuencias de tipo sancionatorio para los adultos.

LENGUAJE ANDROCÉNTRICO EN ESCRITOS JUDICIALES

Alimentos a favor de los hijos. Contestación de demanda con discurso ofensivo y humillante hacia la mujer. Cultura patriarcal. Orden dada al demandado de respetar la dignidad de la actora en futuras presentaciones y a su abogado de realizar capacitaciones en cuestiones de género.

Con nota de Carolina E. Grafeuille

1. — La concepción de la mujer que presenta el demandado en su escrito de contestación de demanda, propia de una cultura patriarcal, no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la actora es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos. Por todo lo expuesto, se encomienda a aquel que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la actora respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas.
2. — No puede soslayarse que, para la presentación de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, corresponde ordenar al letrado del demandado a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a fin de que modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5°, inc. 9°, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.
3. — Previo a ingresar al tratamiento de la fijación de la cuota alimentaria peticionada por la actora, corresponde detenerse en ciertos argumentos vertidos por el demandado en su escrito de contestación de la demanda. Dichos argumentos no conforman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario, reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer, que patentiza las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo des-

igual, y que ha perjudicado, no solo, a la mujer, sino también, a los varones.

4. — La forma en la que el demandado en un proceso de alimentos pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario impetrado por la actora a favor de sus hijas permite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género. Un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer, responda a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal.
5. — Las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común y es la madre de sus hijas. Ello no es más que una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren, de absoluta igualdad entre los varones y las mujeres.
6. — La conducta del demandado en su escrito de contestación de demanda representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5°, inc. 5, ley 26.485. En este contexto, la perspectiva de género cobra particular relevancia en el tratamiento de la presente causa; lo contrario implicaría cohonestar una discriminación en contra de la mujer, dentro de las relaciones familiares.
7. — Las palabras empleadas por el demandado al referirse al reclamo impetrado por la progenitora a favor de sus hijas como destinado a atender aspectos personales de su vida privada representan una mirada estereotipada en la distribución de roles del varón y de la mujer, que desconoce el verdadero alcance de los cuidados personales de los hijos.
8. — Considerar que la progenitora efectúa un reclamo alimentario a favor de sus hijas, encubriendo la pretensión de atender sus propios gastos personales, implica desconocer el valor de las tareas cotidianas que realiza aquella, quien ha asumido el cuidado personal de sus hijas, no solo en beneficio de ellas, sino también del demandado. Esto último puesto que, el tiempo que la actora dedica a la realización de aquellas tareas cotidianas, aquel puede emplearlo libremente para atender a sus necesidades personales.
9. — Los nuevos estándares normativos y el aboraje con una perspectiva de género obligan a las entidades estatales, entre ellas el Poder Judicial, a garantizar una protección eficaz y a

eliminar la discriminación y la violencia hacia la mujer en todas sus manifestaciones. Para lograr tal cometido, resulta indispensable actuar con la debida diligencia, a fin de identificar y evitar la incidencia de estereotipos de género que posibiliten tolerar, ocultar y perpetuar la discriminación y violencia contra las mujeres.

10. — El accionar de los órganos jurisdiccionales debe estar orientado a detectar, en los casos sometidos a juzgamiento, las desigualdades generadas por esos patrones socioculturales y de esa manera remediarlas.

JCiv., Com., Conc. y Familia 1a Nom., Río Tercero, 17/03/2021. - A. M. G. c. A. N. G. s/ alimentos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/5240/2021]

1ª Instancia. - Río Tercero, marzo 17 de 2021.

Resulta:

Que el 27 de julio de 2018 (fs. 1/4), la Sra. M. G. A., DNI ..., promovió una demanda en contra del Sr. N. G. A., DNI ..., persiguiendo la fijación de una cuota alimentaria, a favor de sus hijas B. A., DNI ..., y M. A., DNI ..., en el 35% de los ingresos del demandado, con más una cuota adicional en el mes de febrero de cada año del 50% de la cuota ordinaria para atender a los gastos de iniciación del período escolar, y el 50% de los gastos extraordinarios. Expone que, en este mismo juzgado y secretaría se tramitó el divorcio entre la compareciente y el demandado. Añade que, en dichas actuaciones se homologó un acuerdo que ambos formularon, pero que, aquel no incluyó lo relativo a la cuota alimentaria. Pone de resalto que, ella pretende el 35% de los ingresos del alimentante, mientras que, él ofrece abonar el 20% de sus ingresos. Frente a esta falta de acuerdo, alega que, inicia las presentes actuaciones, solicitando la fijación de la cuota alimentaria en el monto antes indicado, de modo retroactivo al día de haberla solicitado en el trámite del divorcio, es decir, el 23/05/2016. Denuncia que el demandado se desempeña laboralmente como dependiente del Banco de la Provincia de Córdoba. Reconoce que, el demandado abonado la suma de \$6.000 para ambas niñas, con más la cuota por el viaje de estudio de B. (\$400), y de manera esporádica la cuota mensual de patín de M. (\$400). Señala que, ello resulta insuficiente para cubrir las necesidades de sus hijas. Considera que, el porcentaje pretendido del haber del demandado procurar conjurar todos los intereses de los involucrados. Destaca que, el demandado siempre fue el sostén del grupo familiar. Enumera las actividades que desempeñan sus hijas. Así, explica que, ambas son alumnas regulares del Instituto S. J. D., de la localidad de S. R. de C. De este modo, alega que, tienen gastos de cuota por la suma de \$1.500, por cada una; matrícula anual \$4.000, cada una; materiales didácticos que organiza la institución

\$1.500; uniforme para concurrir a clases y a educación física; realización de viajes educativos; colación; entre otras. Además, dice que, M. practica patín, mientras que B. hace natación. Finalmente, pone de resalto que, B. está recibiendo atención psicológica en la ciudad de V. G. B., con un costo de \$800 por sesión. Efectúa un detalle de los gastos que demanda el sostén diario de sus hijas. Añade que, los gastos a los que hace referencia son los mismos que tenían cuando el matrimonio estaba junto. Por todo lo expuesto, reitera la fijación de una cuota alimentaria en el 35% de los ingresos que por todo concepto percibe el demandado, a favor de sus hijas. Ofrece prueba documental, informativa, encuesta socio ambiental, pericial psicológica y testimonial. Luego, el 22 de agosto de 2018 (fs. 6), la actora especificó que, demanda una cuota alimentaria mensual, a favor de sus hijas B. y M., en la suma equivalente al 35% de los ingresos que por todo concepto perciba el Sr. N. G. A., como empleado del Banco de la Provincia de Córdoba, con un piso de pesos dieciocho mil (\$18.000) mensuales, a aquella fecha. Asimismo, amplía la prueba informativa ofrecida. Seguidamente, el 28 de agosto de 2018 (fs. 7), el tribunal admitió la demanda y le imprimió el trámite de juicio abreviado. Corrido el traslado de la demanda, el 17 de octubre de 2018 (fs. 65/72), el Sr. N. G. A., solicitando su rechazo, con costas. Expone que, siempre ha cumplido con el pago de la cuota alimentaria a favor de sus hijas. Por esta razón, rechaza la petición que aquella se fije de manera retroactiva al día 23/06/2016. Hace presente que, además de la suma de dinero que deposita en la caja de ahorro de la progenitora, en concepto de alimentos, abona la cuota del crédito hipotecario correspondiente a la casa que fue sede del hogar conyugal y en la que vive la actora. Añade que, el cuidado personal de sus hijas es compartido y amplio, por lo tanto, alega que, sus hijas permanecen bajo su cuidado las mismas horas que las que están con su madre. De este modo, considera que los alimentos que requieren sus hijas deben ser compartido por ambos progenitores. Al respecto, recuerda que la obligación de alimentos recae en cabeza de ambos progenitores, siendo un 50% sobre cada uno. Así, sostiene que, la progenitora deberá acreditar la necesidad de que se fije una cuota alimentaria en el porcentaje requerido, y que ella desembolsa una suma igual para sus hijas. Hace presente que, la actora posee trabajo como docente; habita junto con sus hijas en la vivienda que fue sede del hogar conyugal; y que no paga alquiler. Por el contrario, destaca que, él debe alquilar una vivienda y, además, carga con el pago íntegro de la cuota hipotecaria de la vivienda referida. Además, dice que, paga el viaje de estudio de B.; patín de M.; la atención psicológica de su hija B.; la obra social; y muchas cosas más, como ropa, recreación, etc.

Considera que, la fijación de una suma del 35% de sus haberes resulta confiscatoria, irracional e ilógica, porque —destaca— además de alimentar a sus hijas debe sobrevivir él. Reitera que, rechaza la fijación de dicho porcen-

tual de modo retroactivo a la fecha de inicio del juicio de divorcio, puesto que, señala, en aquella oportunidad, no existió acuerdo. Por el contrario, peticiona que, en todo caso, sea fijada al inicio del presente incidente. Considera que, la cuota alimentaria a fijarse debe ser acorde a las necesidades de sus hijas. Enumera los gastos que le demanda su vida cotidiana, como habitación, esparcimiento, servicios, impuestos, entre otros. Solicita que, al momento de fijar la prestación alimentaria se tomen en cuenta y deduzcan de aquella todos los gastos y pagos que efectúa a favor de sus hijas, como la cuota del pago del crédito hipotecario, la obra social, celular, etc. Ofrece abonarle a la actora la suma de \$7.000 mensuales, con una actualización del 12% semestral, con más la cuota escolar de sus hijas y la obra social, y cualquier otro gasto extraordinario que surja. Finalmente, señala que, tiene otra hija de 19 años de edad, que vive con él. Acompaña constancias de pago de servicios (fs. 12/13, 24/29, 39/44); movimientos de cuenta (fs. 14/23); título del automotor (fs. 30/31); constancia de "Mis Impuestos" y de pago de impuestos (fs. 32/38); constancia de obra social y personas a cargo (fs. 45/52); informe de estimación del valor de mercado del inmueble que fue sede del hogar conyugal (fs. 53/55); constancia de pagos del viaje de estudio (fs. 56/57); factura de pago de matrícula escolar (fs. 58); constancia de pago de seguro del automotor (fs. 59); y recibos de pago de canon locativo y contrato de locación (fs. 60/654). Ofrece prueba documental, testimonial e informativa. El 21 de diciembre de 2018 (fs. 89), el Sr. Asesor letrado, Dr. Alfredo J. Brouwer de Koning asumió intervención, como representante complementario de las niñas. El 11 de febrero de 2019 (fs. 91), se remitieron las actuaciones al Centro Judicial de Mediación de la sede; proceso que concluyó por la incomparecencia de la actora. El 31 de mayo de 2019 (fs. 105), se proveyó a la prueba oportunamente ofrecida por los interesados. Diligenciada la prueba instada por las partes, se corrió vista de todo lo actuado al Sr. Asesor letrado interviniente. En dicha ocasión consideró procedente la fijación de alimentos a favor de B. A. y M. A. en un monto que deberá ser suficiente para cubrir las necesidades de ellas, vinculadas a la salud, alimentación, vestimenta, vivienda digna, esparcimiento, etc. Asimismo, destacó que, los rubros a cargo de los progenitores se deberán distribuir de manera que sus hijas sigan gozando del nivel de vida que tenían antes del divorcio de los padres. El 4 de febrero de 2021, se insertó el decreto de autos; firme y consentido dicho proveído quedó la presente causa en estado de dictar resolución.

Considerando:

I. Planteo de la cuestión. La Sra. M. G. A., DNI ..., articuló una demanda en contra del Sr. N. G. A., DNI ..., por la que persigue la fijación de una cuota alimentaria a favor sus hijas, B. A., DNI ..., y M. A., DNI ..., en la suma equivalente al 35% de los ingresos que percibe el demandado como dependiente del Banco de la Provincia

de Córdoba; con más una cuota adicional en el mes de febrero de cada año del 50% de la cuota ordinaria para atender a los gastos de iniciación del período escolar; y el 50% de los gastos extraordinarios. Corrido el traslado de la demanda, el Sr. N. G. A. rechazó el monto pretendido por la actora por juzgarlo excesivo. Por el contrario, ofrece abonar la suma de pesos siete mil (\$7.000) mensuales; con una actualización del 12% semestral; la cuota escolar de sus hijas; y cualquier otro gasto extraordinario que surja. Finalmente, el Sr. Asesor letrado estimó procedente la pretensión de la parte actora. Al respecto, estima que, se deberá fijar una cuota en un monto que sea suficiente para cubrir las necesidades de B. y M., y que los progenitores deberán distribuirse los rubros de tal forma que ellas sigan gozando del nivel de vida que tenían antes del divorcio de ambos. Todo en virtud a los argumentos expuestos en la relación de los hechos de la causa, a los que me remito en honor a la brevedad. En estos términos quedó trabada la litis.

II. Legitimación activa y pasiva. En cuanto a los documentos habilitantes de la pretensión, a fs. 1/2 de los autos principales caratulados A., M. G. c. A., N. G. - Divorcio (Expte. ...) —que en este acto tengo a mi vista— obran glosadas las partidas de nacimientos. De ellas urge que, la Sra. M. G. A. y el Sr. N. G. A. son los progenitores de la adolescente B. A. y de la niña M. A. De esta manera, se encuentra acreditada la legitimación activa de la Sra. A., y la legitimación pasiva del Sr. A.

III. Defensa del demandado. Utilización de lenguaje androcéntrico. Aplicación de la perspectiva de género. Previo a ingresar al tratamiento de la fijación de la mesada alimentaria peticionada por la Sra. A., corresponde que me detenga en ciertos argumentos vertidos por el demandado, Sr. A., en su escrito de contestación de la demanda. Dichos argumentos no conforman parte de una estrategia defensiva. Por el contrario, reflejan un discurso ofensivo y humillante hacia la mujer, que patentiza las normas patriarcales que han regido las relaciones humanas de modo desigual, y que ha perjudicado, no solo, a la mujer, sino también, a los varones. Los nuevos estándares normativos y el abordaje con una perspectiva de género, obligan a las entidades estatales, entre ellas el Poder Judicial, a garantizar una protección eficaz y a eliminar la discriminación y la violencia hacia la mujer en todas sus manifestaciones. Para lograr tal cometido, resulta indispensable actuar con la debida diligencia, a fin de identificar y evitar la incidencia de estereotipos de género que posibiliten tolerar, ocultar y perpetuar la discriminación y violencia contra las mujeres. Dentro de este contexto, el accionar de los órganos jurisdicciones debe estar orientado a detectar, en los casos sometidos a juzgamiento, las desigualdades generadas por esos patrones socioculturales y de esa manera remediarlas. Por ello no puede dejar de remarcarse los siguientes párrafos del escrito de contestación de demanda (fs. 67 vta.768). En aquella oportunidad, el Sr. A. expuso: Que

véase tan solo la improcedencia del reclamo que la actora me reclama gastos de combustible, de seguro, neumáticos, del vehículo que la misma utiliza para salir de juerga con sus amigas/os, ello deviene en improcedente por irracional y arbitrario [...] Que respecto de los gastos que reclama como “gastos sociales”, se desconoce y desentendiendo esta parte a qué tipo de gastos refiere por cuanto nada se ha acreditado ni probado respecto de que serían gastos sociales, entendiendo esta parte que por gastos sociales se refiere a las salidas de la misma actora, y que sería la misma actora quién pretende que el compareciente le pague sus salidas [...] Lo real y cierto es que la actora está reclamando dinero en la presente causa ya que la misma pese a no pagar alquiler y vivir en la vivienda que fuera sede del hogar conyugal, vive de fiestas con amigas/os en dicha vivienda y otras, es asidua concurrente a boliches, fiestas, etc. Y debido a ello es que necesita dinero para poder cubrir sus gastos y salidas más no los de mis hijas, los que están debidamente cubiertos gracias al compareciente. La forma en la que el Sr. A. pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario impetrado por la Sra. A. a favor de sus hijas permite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género. Un caso es sospechoso de género cuando la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer, responda a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal. De esta manera, las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común y es la madre de sus hijas. Ello no es más que una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren, de absoluta igualdad entre los varones y las mujeres. Incluso, la conducta del demandado, reflejada en los términos transcritos, representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5, inc. 5, ley 26.485 de “Protección Integral a las Mujeres”, en tanto dispone que: Quedan especialmente comprendidos en la definición del artículo precedente, los siguientes tipos de violencia contra la mujer: [...] Simbólica: La que a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad. En este contexto, la perspectiva de género cobra particular relevancia en el tratamiento de la presente causa; lo contrario implicaría coonestar una discriminación en contra de la mujer, dentro de las relaciones familiares. Al respecto, los arts. 1, 2, 3, 4 y 5 de la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenan los actos de discriminación hacia la mujer por su condición de tal y en contraposición con el varón. Asimismo, imponen al Estado conductas concretas a los fines de modificar patrones socioculturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en funciones estereotipadas de varones y

mujeres. Parámetros similares surgen de la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Do Belem do Pará). Esta Convención consagra el derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado. Este derecho incluye, entre otros: el derecho de las mujeres a ser libres de toda forma de discriminación; y el derecho de las mujeres a ser valoradas y educadas libre de patrones estereotipados de comportamiento y prácticas sociales y culturales basadas en conceptos de inferioridad o subordinación. Bajo estas premisas, las palabras empleadas por el Sr. A., al referirse al reclamo impetrado por la progenitora a favor de sus hijas como destinado a atender aspectos personales de su vida privada, representan una mirada estereotipada en la distribución de roles del varón y de la mujer, que desconoce el verdadero alcance de los cuidados personales de los hijos. En efecto, considerar que la progenitora efectúa un reclamo alimentario a favor de sus hijas, encubriendo la pretensión de atender sus propios gastos personales, implica desconocer el valor de las tareas cotidianas que realiza la Sra. A., quien ha asumido el cuidado personal de sus hijas, no solo en beneficio de ellas, sino también del Sr. A. Esto último puesto que, el tiempo que la Sra. A. dedica a la realización de aquellas tareas cotidiana él puede emplearlo libremente para atender a sus necesidades personales. Esta concepción de la mujer, propia de una cultura patriarcal, —se insiste— no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la Sra. A. es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos. Por todo lo expuesto, se encomienda al Sr. N. G. A. que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la Sra. M. G. A., respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas. Tampoco, puede soslayarse que, para la presentación de sus pretensiones, las partes cuentan con asistencia letrada y, por lo tanto, las defensas y argumentos deben ser plasmados en un todo de acuerdo con la legislación y principios vigentes. Por tal motivo, entiendo corresponde ordenar al letrado, Dr. I. G. C., a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalice los principios antes mencionados y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los prejuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres (art. 5, inc. 9, CEDAW), todo ello bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados.

IV. Pretensión alimentaria. Efectuadas las encomendaciones precedentes, corresponde ingresar al tratamiento de la pretensión alimentaria.

(i) Aclaraciones preliminares. Del acuerdo formulado por las partes en el expediente principal, y homologado mediante sentencia N° 84, de fecha 25/09/2017 (fs. 204/206 del divorcio), surge que, los progenitores ha acordado la atribución del cuidado personal de sus hijas, B. y M. bajo la modalidad compartida indistinta. Esta circunstancia no impide la fijación de una cuota alimentaria a cargo del progenitor no conviviente. Esto es así porque, el progenitor que pasa el mayor período de tiempo con el hijo afrontará un superlativo mayor cúmulo de tareas cotidianas, que como se verá más adelante, tienen un valor económico y constituyen un aporte a la manutención (art. 650 del Cód. Civ. y Com. de la Nación —Cód. Civ. y Com. de la Nación—). En cambio, el otro progenitor que se halla menos tiempo con el hijo tiene un menor peso en las labores que se realizan en beneficio del niño. Esta circunstancia lo coloca en una imposibilidad fáctica de equiparar en especie al otro padre que tiene el mayor peso en lo relativo a los trabajos que demanda el cuidado del hijo común. Sentado lo que antecede, corresponde ingresar a la valoración de la pretensión alimentaria deducida por la progenitora de la adolescente y de la niña, respectivamente.

(ii) Pretensión alimentaria en contra del progenitor, Sr. N. G. A. Tal como ha quedado planteada la cuestión a resolver, cabe recordar que, la carga alimentaria es una consecuencia derivada de la responsabilidad parental (art. 658, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Esto significa que, en virtud del ejercicio de una paternidad responsable, los progenitores deberán arbitrar los recursos económicos, para que los hijos satisfagan sus necesidades de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio (cfr. art. 659 del Cód. Civ. y Com. de la Nación). De este modo, a los fines de determinar el monto de los alimentos, ha de tenerse en cuenta las necesidades del niño, niña o adolescente involucrado y los ingresos de los padres (arts. 646, 658 y 659, Cód. Civ. y Com. de la Nación), puesto que debe existir un equilibrio entre las necesidades que la cuota tiende a cubrir y la aptitud del obligado para cumplir con esa finalidad. La concurrencia de estos recaudos deben ser juzgados en cada caso particular, ya que allí se podrán evaluar las concretas y reales necesidades a satisfacer derivadas de la edad del alimentado, frente a las posibilidades económicas del alimentante. Al respecto, no pude perderse de vista que los progenitores deben realizar todos los esfuerzos que resulten necesarios a los fines de cumplir acabadamente con los deberes emergentes de la responsabilidad parental, entre ellos, proveer a todo lo atinente a la asistencia integral de sus hijos, más allá de la situación económica del alimentante. Este esfuerzo se impone a los fines de bregar por la satisfacción de las necesidades elementales del niño, niña o adolescente involucrado, en aras a garantizar la protección de su “interés superior” (art. 639, inc. a, Cód. Civ. y Com. de la Nación; art. 3, CDN; y art. 3, ley 26.061).

Bajo estas premisas, corresponde adentrarme al estudio de la pretensión alimentaria.

(iii) Necesidades de la adolescente B. y de la niña M. Con relación a las actividades que desempeñan la adolescente B. y la niña M., de la prueba producida en la causa surge que, ambas son alumnas regulares del “Instituto S. J. D.” de la localidad de S. R. de C. Por lo tanto, como se trata de una escuela privada deben abonar una matrícula anual, con un costo en el año 2019 de \$3.500 y en el año 2020 \$5.000, estimativamente; y un arancel en concepto de servicio educativo, que en el mes de septiembre de 2019 ascendía a la suma de \$2.200, para el primer hermano y de \$2.000, para el segundo hermano del grupo familiar (cfr. oficio obrante a fs. 179/180). Asimismo, para su desempeño escolar requiere de ciertos materiales, tales como: uniforme para concurrir a las clases diariamente y para la práctica de educación física; cuadernillos o libros, entre otros. Además, la institución educativa organiza actividades extra escolares —v. gr. convivencias y retiros anuales— las que tienen un valor adicional para su realización (cfr. oficio obrante a fs. 179/180). La misma institución educativa señaló que, los materiales de cuadernillos, libros o elementos para el cursado de las materias de la currícula oscilaban desde los \$250 hasta los \$650 según la materia, en el año 2019 (fs. 180); en tanto que a fs. 231/234 obran presupuestos de los costos de los uniformes requeridos por la institución, los que ascendían a la suma de \$9.390 —para B.— y \$10.000 —para M.—, a mediados del año 2020. Además, de los propios dichos de las partes y de la prueba testimonial e informativa surge que M. practica patín (cfr. escrito de demanda y contestación de fs. 1/4, 65/72; actas de declaraciones testimoniales obrantes a fs. 113/116, 123/115 y 147/150; oficio de fs. 182 y certificado obrante a fs. 205). Al respecto, la Sra. P. L. C. informó que: [...] M. A. practica la disciplina patín artístico, del cual soy su profesora, asistiendo a las clases 2 veces por semana en el espacio del Polideportivo Municipal de la ciudad de S. R. de C. [...] Dichas clases se dictan de marzo a diciembre de cada año y tiene un costo mensual de \$800, para la correcta práctica de este deporte se necesita un uniforme que consta de malla para competir que tiene un costo alrededor de \$2.500, patines profesionales que rondan los \$10.000 y elementos de protección de aproximadamente \$800 (fs. 182). Con relación a B., ambos progenitores han señalado que ella realizaba un tratamiento psicológico; hecho que ha sido acreditado con el certificado de fs. 205 y con la declaraciones testimoniales (cfr. actas obrantes a fs. 113/116, 123/125 y 147/150). Sin embargo, dicho tratamiento ha finalizado; e, incluso, la licenciada ha juzgado que no era necesario continuar con aquel para resolver cuestiones emocionales que aún afectan a B. (vide certificado obrante a fs. 205). De las declaraciones testimoniales de las Sras. M. de los A. M., N. C. D. y N. G. A. surge que, durante el año 2018, B. practicó natación, para lo que requería de la vestimenta y elementos adecuados para la práctica de

dicho deporte (cfr. actas de audiencias testimoniales de fs. 115/116, 123/125 y 147/150). También, las Sras. N. C. D. y N. G. A. han puesto de relieve la necesidad de B. de acudir a una maestra particular (cfr. actas de audiencia testimonial obrante a fs. 123/125 y 147/150). Con relación a su situación habitacional, B. y M. residen con su progenitora en la vivienda que fue sede del hogar conyugal y que según el convenido homologado en los autos principales ha sido atribuido a la progenitora y sus hijas (cfr. sentencia N° 84, de fecha 25/09/2017 de fs. 204/206 de autos principales). Dicha vivienda se encuentra gravada con una hipoteca de primer grado a favor del Banco de la Provincia de Córdoba, y es el demandado quien ha asumido el pago de la cuota del crédito que dio motivo a dicha hipoteca (cfr. declaraciones testimoniales obrantes a fs. 113/116 y 123/125, 147/150). Con lo que, resulta posible colegir que, la progenitora no abona un canon locativo por la vivienda en la que habitan sus hijas. Finalmente, la progenitora ha diligenciado prueba tendiente a demostrar los gastos relativos a servicios requeridos para el desarrollo de la vida cotidiana en el inmueble que habita con sus hijas, tales como energía, agua e internet (fs. 184/185); como también la deuda por tasa a la propiedad que mantiene en la Municipalidad de S. R. de C. (fs. 185/196). Todo ello pone de relieve algunos de los gastos que insume el desarrollo y formación de B. y M. Todo ello, sumado a que a la fecha de la presente resolución —marzo de 2021—, la adolescente B. cuenta con 13 años de edad y la niña M. cuenta con 11 años de edad —cfr. partidas de nacimientos obrantes a fs. 1/2 de autos principales—, llevan a presumir la necesidad de alimentos por parte de aquellas. Al respecto, el art. 658 del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: [...] La obligación de prestar alimentos a los hijos se extiende hasta los veintidós años [...]. De este modo, el deber alimentario de los hijos no requiere la demostración de un estado de necesidad, sino que por esa sola condición —ser hijos— resulta procedente, puesto que se trata de un deber de los progenitores derivados de la responsabilidad parental, dejando a salvo —claro está— aquellas necesidades mayores a las presumidas, lo que no aconteció en autos. Sobre este punto, es dable efectuar algunas precisiones con relación a B. Por un lado, con relación a la realización de la terapia psicológica, como ya se señaló, tal tratamiento ha finalizado a la fecha de la presente resolución. Por otro lado, con relación a la necesidad de una maestra particular que han evidenciado las declaraciones testimoniales de las Sras. D. y A. (fs. 123/125 y 147/150), la parte actora no diligenció ninguna otra prueba tendiente a clarificar dicho extremo, v. gr. la frecuencia, el valor de la hora, entre otros; aspectos que hubieren sido de utilidad, a los fines de tener por acreditado una necesidad particular de la adolescente, superior a aquellas presumidas por la ley. De esta manera, de los dichos de las partes y de las probanzas allegadas a la causa no surgen que la adolescente o la niña tengan una necesidad mayor a aquellas presumidas por la ley. No obstante, en función de lo expuesto, y

a los fines de atender adecuadamente a las necesidades de la adolescente y de la niña presumidas por la ley, para no afectar su desarrollo integral, es que estimo prudente fijar una mesada alimentaria a su favor y a cargo de su progenitor, Sr. A.

(iv) Capacidades económicas de los progenitores. Con relación a este punto, resulta conveniente destacar que, el cuidado personal de B. y A. es ejercido por su progenitora, según se ha establecido en el punto (ii) de este considerando. Esta circunstancia compensa la parte de la Sra. A. en el deber alimentario, sumado al aporte económico en sí mismo; aportes que aun cuando no se encuentran cuantificados, resultan presumibles en el particular. Y ello independientemente del desarrollo por parte de la progenitora conviviente de cualquier actividad laboral. Esto es así ya que, en orden a lo establecido por el art. 660, Cód. Civ. y Com. de la Nación, la Sra. A., al haber asumido el cuidado personal de B. y M., ya realiza un aporte a la manutención en las tareas cotidianas, las que tienen un valor económico en sí mismas que no puede dejar de ser contemplado. Si bien es cierto que la madre también está obligada al mantenimiento de sus hijos, se encuentra razonablemente más limitada para generar mayores ingresos al efecto, dado al tiempo que debe destinar al cuidado de sus hijos (cfr. CNCiv., Sala M, 09/06/2017, “A., K. J. y otros c. G., R. G. s/ alimentos”, www.eldial.com, elDial.com, AAA076, publicado el 04/08/2017). Por consiguiente, el hecho que la Sra. A. haya asumido el cuidado personal de la adolescente y de la niña admite una distribución de los montos de manera diferente. Sentado lo anterior, cabe señalar que, cuando hablamos de capacidad contributiva nos referimos, no solo a las capacidades actuales para generar ingresos, sino además, a la aptitud o a la potencialidad para responder por la obligación alimentaria. En otras palabras, el progenitor alimentante debe, no solo, probar a cuánto ascienden sus ingresos actuales, sino además, que no se encuentra en condiciones de generar mayores ingresos, de acuerdo con sus condiciones de persona, tiempo y lugar, que no le permiten asumir su obligación de otra manera. Bajo estas premisas, corresponde valorar las capacidades económicas o la aptitud productiva del progenitor alimentante. Así, de sus propios dichos y de la prueba informativa diligenciada, surge que el Sr. A. se desempeña como empleado en relación de dependencia en el Banco de la Provincia de Córdoba desde el año 2003. Esta circunstancia indica que el progenitor, Sr. N. G. A., desempeña trabajos productivos que le generan ciertos ingresos para contribuir mensualmente con dinero con la prestación alimentaria; por lo que corresponde proceder en tal sentido. Finalmente, cabe reiterar que, los progenitores deben realizar todos los esfuerzos necesarios para cumplir con las obligaciones que derivan de la responsabilidad parental. En este sentido la jurisprudencia ha sostenido en forma reiterada que [...] todo progenitor debe realizar los esfuerzos que resulten necesarios —efectuando trabajos productivos— sin que

pueda excusarse de cumplir su obligación alimentaria invocando ingresos insuficientes; salvo los supuestos de imposibilidades o dificultades prácticamente insalvables. De ahí que aun cuando el alimentante reconozca realizar determinado trabajo cuyo ingreso no es suficiente para atender las necesidades del hijo, está en el campo de su responsabilidad paterna dedicar parte de sus horas libres a tareas remuneradas —en una medida que resulte razonable— con el objeto de poder completar la cuota alimentaria (cfr. CNCiv., Sala B, 13/03/2013, “D., M. G. y O. c. De U., A. M.” APDJ del 19/09/2013, RIPA, M., “Deber alimentario: niños, niñas, adolescentes y su vinculación con los derechos de género”, en J. A. 2013/02/1978 - citado por Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de J., M. fs. (2014). Alimentos, T. 2, Rubinzal-Culzoni, p. 17). Al respecto, no puede pasar inadvertido que, el cambio que se emprende con el nacimiento del hijo no admite claudicaciones, a pesar de las dificultades que pudieren presentarse en la actualidad de nuestro país y/o de las circunstancias personales de los progenitores. Por todo lo expuesto, y las constancias obrantes en la causa generan convicción en la suscripta respecto a que el demandado puede realizar todos aquellos esfuerzos a su alcance, a los fines de procurar satisfacer las necesidades de sus hijos.

(v) Fijación del monto de la cuota alimentaria. En virtud de las valoraciones efectuadas en los considerandos precedentes, corresponde determinar el quantum de la cuota alimentaria. En efecto, tal como ha quedado demostrado en el apartado anterior, el Sr. A. posee cierta aptitud productiva para contribuir mensualmente con dinero con la prestación alimentaria. No obstante, no se cuentan con elementos objetivos que permitan determinar con certeza los ingresos actuales que percibe el demandado. Esto es así ya que el último haber informado por el Banco de la Provincia de Córdoba corresponde al mes de junio de 2019 (cfr. respuesta al oficio enviado digitalmente con fecha 27/07/2019). Con relación a este punto, entiendo que la situación económica del alimentante es determinante a los fines de fijar el monto de la cuota alimentaria, puesto que los padres tienen la obligación de alimentar a sus hijos menores de edad conforme a su condición y fortuna (art. 658 y 659 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y debe existir un equilibrio entre las necesidades de la adolescente y de la niña y los ingresos del alimentante. Pero el hecho de que no se pueda determinar con precisión la capacidad económica actual del obligado, Sr. A., no empiece a la procedencia del reclamo incoado en autos y corresponde, igualmente, proceder a fijar una cuota a su cargo. Ello así porque, en caso de duda respecto de las posibilidades económicas del alimentante debe estarse a una interpretación pro-alimentado; interpretación esta que deriva de la regla *favor minoris*, reflejada en la Convención sobre los Derechos del Niño en sus artículos 3º, inc. 1º; 18, inc. 1º; y 27, incs. 2º, 3º y 4º; y en la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes en su

artículo 5º. En este sentido, jurisprudencia que comparato ha señalado que: en caso de duda sobre los datos relativos a la capacidad económica del alimentante, los mismos habrán de interpretarse a favor de la parte más débil de la relación, en especial cuando se trate de un menor (CNCiv., sala D, 05/11/1981, ED, 99-393, citado por Kemelmajer de Carlucci, A. y Molina de J., M. fs. (2014). Alimentos (p. 49). Rubinzal-Culzoni). Asimismo, tampoco puede perderse de vista que, la obligación alimentaria que deriva de la responsabilidad parental no exige demostrar la necesidad del alimentado. No obstante, para la determinación del monto sí se requiere tener en cuenta las necesidades que se pretenden cubrir con la cuota. Igualmente, cabe destacar que, todos los gastos y pautas para determinar el monto de la cuota alimentaria constituyen los que normalmente resultan necesarios para el desarrollo digno de las alimentadas. En función de lo expuesto, estimo justa la fijación de la cuota alimentaria en la suma de pesos doce mil (\$12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social. Para la fijación de dicha suma de dinero, se tiene en cuenta que: no surgen en autos elementos suficientes que permitan determinar el nivel de ingresos actuales del alimentante; la edad de B. —13 años— y de M. —11 años; las actividades que la adolescente y la niña llevan a cabo —asisten a una institución educativa privada, requieren gastos de uniforme y útiles escolares, gastos por actividades extra académicas, además de todos los accesorios para tal desempeño y practica de patín por parte de M.; no se han acreditado gastos extraordinarios que ameriten una consideración diferente, por lo que el monto de la cuota debe circunscribirse a las erogaciones ordinarias que no requieren prueba específica al respecto; el tiempo que comparten con su progenitor; y la evolución del costo de vida reflejada por los índices de precios al consumidor como consecuencia de la inflación. Por un lado, cabe remarcar que, la fijación de la cuota alimentaria en un monto considerablemente menor al solicitado por la progenitora obedece particularmente al tiempo en que la adolescente y la niña se encuentran con su progenitor. Sobre este punto, resulta muy ilustrativa la declaración testimonial de la abuela de B. y M. La Sra. N. G. A. relató que: Las niñas viven con B., M. las lleva al colegio, a las 7.30 de la mañana lleva a B. que va al secundario [...] y a las 13.30 sale de nuevo y deja a M. en el colegio, retira a B., a B. la lleva a la casa de la testigo pues M. se está yendo a trabajar, y ahí se hace cargo la testigo de las actividades que B. tiene la tarde, a veces N., M. entra al trabajo a las 14 hs. y sale a las 18.30 [...] N. trabaja hasta las 15, a esa hora sale del banco alguna que otra vez a las 16 [...] N. a las 18 retira a M., pues M. está trabajando, retira a M., pasa por mi casa y busca a B., algunas veces busca a B. para ir juntos a retirar a M., cuando no puede le avisa a la testigo para que las retire, pero las busca siempre, es raro y cuando no puede avisar, de todos modos están comunicado telefónicamente de manera permanente. Todos los días

de la semana es así, y tipo 19.30 o 20 las lleva de M., y se bañan y cena con M., todos los días es así, la misma rutina. Los fines de semana algunas veces las llevas hasta el sábado o el domingo, depende de lo que tenga que hacer N. [...] (acta de audiencia testimonial obrante a fs. 147/150). La rutina relatada por la abuela materna de la adolescente y de la niña refleja que ambos progenitores comparten las tareas de cuidados de ellas, aún cuando residan de manera principal con su progenitora. Esta circunstancia tiene incidencia en la fijación de la cuota alimentaria a cargo del obligado, en función del tiempo y dedicación que él les dedica, lo que —como se explicó— tiene un valor económico en sí mismas (cfr. art. 660, Cód. Civ. y Com. de la Nación). Por otro lado, el progenitor alimentante ha ofrecido abonar la suma de \$7.000 mensuales. Tal ofrecimiento no merece acogida porque, en función de las actividades que desarrollan la adolescente y la niña y el nivel de vida de esta familia en particular, dicha cifra resulta claramente insuficiente para cubrir todas sus necesidades; máxime cuando el progenitor no alegado —ni mucho menos acreditado— circunstancias especiales que justificarían la fijación de una cuota alimentaria en tal monto y no uno superior. Al respecto, es de señalar que, el hecho que el Sr. A. abone la cuota del crédito hipotecario de la vivienda, en la que habitan sus hijas conjuntamente con la progenitora, no tiene incidencia alguna en la fijación de la cuota alimentaria. Ello es así porque, dicha circunstancia se relaciona con un acuerdo entre los progenitores que resulta independiente de su deber alimentario. Finalmente, cabe agregar que, si bien la Sra. A. solicitó la fijación del 35% de los ingresos que percibe el Sr. A. de su actividad como empleado en relación de dependencia, proceder en tal sentido redundaría en perjuicio para la adolescente y la niña. Como ya se ha señalado, no ha sido posible determinar los ingresos actuales del Sr. A., por lo tanto, la fijación de un porcentaje impediría la máxima satisfacción posible de las necesidades de aquellas; máxime cuando, seguramente los ingresos del demandado han sufrido variaciones como consecuencia de los incrementos salariales. De esta manera, la determinación de un monto resulta la más apropiada en el particular. Esto es así porque, la guía medular que se deberá seguir a la hora de tomar una decisión judicial será que la cuota alimentaria permita a sus beneficiarias alcanzar una buena calidad de vida. En este sentido, entiendo que la estimación de aquella en la suma de pesos doce mil (\$12.000) mensuales, con más la matrícula de escolarización, la cuota colegial y la obra social, incluye lo mínimo necesario para la educación de la adolescente y la niña, sus vestimentas, salud y actividades de esparcimiento, aspectos que integran el deber de asistencia material y moral del progenitor; además, que aquel monto resulta ajuntado al nivel de vida de esta familia en particular. Por todo lo expuesto y conforme a los argumentos reseñados, es que corresponde fijar una cuota alimentaria en la suma de pesos doce mil (\$12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas men-

suales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social, a favor de B. y M., y a cargo del Sr. N. G. A., pagadera por períodos adelantados del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito, en la cuenta abierta. Por último, resulta preciso destacar que, el deber alimentario a favor de los hijos menores de edad tiene una naturaleza eminentemente asistencial, por lo que, la fijación de la cuota alimentaria se caracteriza por ser provisoria o mutable. Esto significa que el quantum de la cuota puede ser modificado, cuando hayan variado los presupuestos fácticos que se tuvieron en cuenta al tiempo en que la prestación alimentaria fue ordenada, ya que se trata de resoluciones que no hacen cosa juzgada material.

(vi) Aumento de las cuotas fijadas. Fijación de una cuota extraordinaria. Como se ha señalado, el interés primordial de los niños, niñas y adolescentes constituye el principio rector de este tipo de casos. Ello lleva a privilegiar el principio opuesto al dispositivo y, en consecuencia, las facultades de las partes ceden paso a las facultades judiciales (Conf.: Morello, Sosa, Berizzone, Códigos Procesales, 2ª ed., I-574, "C"; C. Apel. Trelew, Sala A, 10/03/2010, "S. E. B. c. N., J de la C.", AR/JUR/95785/2010). Lo dicho implica que, el orden público se impone y, con él, el deber de los jueces de actuar oficiosamente. En este sentido, el art. 706, primera parte, del Cód. Civ. y Com. de la Nación reza: El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente. Es en virtud de lo expresado, y tomando en cuenta el proceso inflacionario que afecta drásticamente sobre la evolución del costo de vida, la suscripta entiende acertado establecer un ajuste de la cuota fijada en la suma de pesos doce mil (\$12.000) del quince por ciento (15%) semestral. Al respecto, cabe señalar que dicho reajuste, el que deberá practicarse semestralmente, encuentra su fundamento en favorecer la máxima satisfacción de las necesidades de la adolescente y de la niña y propender a la economía, simplificación y celeridad procesal, la que se vería afectada frente a continuos pedidos de características similares al que nos convoca. Asimismo, dicho porcentual —15% semestral— no resulta un capricho de la suscripta, sino que se fija en atención a la variación del índice de precios y los respectivos incrementos salariales establecidos por las paritarias de los distintos sectores del trabajo. Asimismo, en función de las premisas establecidas, corresponde adicionar a la prestación correspondiente al mes de febrero de cada año una suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la cuota alimentaria fijada en la suma de pesos doce mil (\$12.000), en concepto de cuota extraordinaria, para contribuir con los gastos de inicio del año lectivo de los estudios de la adolescente y de la niña (es decir, que se abonará en el mes de febrero de cada año una suma equivalente a una cuota y media).

(vii) Efecto retroactivo de la cuota alimentaria fijada e intereses. La progenitora solicita la fijación de la cuota alimentaria de manera retroactiva al tiempo de interposición de la demanda de divorcio —23/05/2016—. Fundamenta su petición en que, la cuota que aquí reclama la solicitó en aquella oportunidad, y que no se fijó en función de la falta de acuerdo con el demandado. Sentada así la cuestión a resolver, el art. 669, Cód. Civ. y Com. de la Nación establece la retroactividad de los alimentos desde el día de su demanda judicial. Este efecto retroactivo al día de interpelación fehaciente incluye, indudablemente, a la demanda de divorcio; puesto que, ya en aquella oportunidad, la progenitora solicitó la fijación de una cuota alimentaria en los mismos términos que la aquí impetrada, y como parte del convenio regulador de los efectos del divorcio. No obstante, al momento de contestar el traslado del convenio presentado por la progenitora, el Sr. A. rechazó la pretensión alimentaria formulada y, en cambio, efectuó otro ofrecimiento de cuota alimentaria. Como consecuencia de tal discrepancia, la sentencia que declaró el divorcio entre los cónyuges y homologó el acuerdo formulado por las partes, excluyó la pretensión alimentaria. Incluso, la sentencia N° 84, del 25/09/2017 (fs. 204/206) expresamente dispuso: [...] Debiendo diferirse para su tramitación por la vía incidental respectiva lo relativo a la prestación alimentaria de las menores [...]. Frente a esta circunstancia, si la pretensión de la parte actora era lograr que el efecto retroactivo de la pretensión alimentaria se mantuviera en la fecha de la demanda de divorcio debió, al menos, iniciar la presente incidencia dentro de los seis meses del dictado de aquella sentencia. No puede desconocerse que, con posterioridad a la contestación de la demanda, la progenitora estuvo en condiciones de conocer la falta de acuerdo con relación a la prestación alimentaria a cargo del Sr. A.; circunstancia que le permitía iniciar sin mayores dilaciones el respectivo incidente para lograr su fijación judicial. Ello no aconteció en el particular, puesto que, luego de dictada la sentencia de divorcio, la actora recién inició el incidente de fijación de la cuota el 27/07/2018. Por lo tanto, pretender extender el efecto retroactivo de la cuota alimentaria a la fecha de la demanda de divorcio resultaría efectuar una interpretación abusiva del art. 669, Cód. Civ. y Com. de la Nación, puesto que, se insiste, la actora se encontraba en condiciones de iniciar el presente incidente luego de contestada la demanda. Al respecto, nótese que, el propio artículo citado permite extender la retroactividad a la interpelación extrajudicial siempre que la demanda se articulare dentro de los seis meses. Con mayor razón resulta aplicable tal razonamiento frente a la intimación judicial formulada por la progenitora, en la demanda de divorcio, cuando frente a la falta de acuerdo, correspondía recurrir a la vía incidental respectiva. Por lo tanto, una interpretación integral de dicha norma con los derechos de defensa del demandado, permiten concluir que, si la progenitora articuló una demanda de divorcio, entre la que incluía la fijación de la cuota alimentaria, frente a la

falta de acuerdo debió presentar la incidencia respectiva sin dilación en el tiempo; cuestión que no aconteció en el particular. Por lo tanto, no corresponde extender la retroactividad más allá del inicio del presente incidente. Por todo lo expuesto, corresponde fijar la cuota alimentaria de pesos doce mil (\$12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; el pago de la obra social; y el 50% de la cuota alimentaria fijada correspondiente al mes de febrero para contribuir con los gastos de inicio del año lectivo, de manera retroactiva al día 27/07/2018 —vide cargo de recepción en el escrito inicial a fs. 4.—, debiendo deducirse los importes cancelados en concepto de cuota alimentaria provisoria si los hubiere. Respecto a los intereses de los alimentos retroactivos, cabe señalar que ellos no han sido solicitados oportunamente por la progenitora conviviente —quien tendría interés en ello—, de donde, en principio, no corresponde su fijación. Es que, tal como ya lo ha señalado el Máximo Tribunal local, los intereses deben ser reclamados en la demanda como condición sine qua non para formar parte de la condena en la sentencia, pues estos no proceden en forma automática (cfr. TSJ, Sent. 75, de fecha 25/06/2016, “Crespo, Víctor R. c. Bournot, Héctor - ordinario - otros - recurso directo (Civil) - Expte. N° 2738286/36”); máxime si se tiene en cuenta que, la cuota estipulada fue fijada en valores actuales, conforme a las necesidades del adolescente y en forma retroactiva al tiempo de la demanda. Asimismo, cabe precisar que la fijación de aquella en forma retroactiva implica un valor de actualización ya previsto en la cuota fijada. Distinta solución es la que corresponde adoptar para el supuesto en el cual el obligado al pago incurra en mora en el cumplimiento de la presente resolución. En tal caso, las sumas mandadas a pagar llevarán intereses, los que se establecen en la tasa pasiva que publica el BCRA con más un adicional del 2% nominal mensual, desde la fecha que incurra en mora y hasta su efectivo pago, en virtud de las amplias facultades conferidas a la magistrado por el art. 768, Cód. Civ. y Com. de la Nación, en la materia.

V. Costas. En cuanto a los costas devengadas en la presente incidencia corresponde imponerlas al demandado, Sr. N. G. A., en virtud del principio objetivo de la derrota (art. 130, Cód. Proc. Civ. y Comercial).

VI. Honorarios. En cuanto a la regulación de honorarios de la Dra. C. W. de T., tomo en cuenta lo dispuesto por el art. 75, primer supuesto, de la ley 9459. De esta manera, la base regulatoria viene determinada por el monto de los alimentos mandados a pagar —\$12.000—. Multiplicada dicha suma por los veinticuatro meses que señala el artículo citado, se obtiene una base regulatoria de pesos ... (\$...). A la suma así obtenida corresponde aplicar el punto medio de la escala del art. 36 (22,5 %), según a las pautas cualitativas que establece el art. 39 de la ley citada. Efectuado

el cálculo pertinente se obtiene la suma de pesos ... (\$...), suma en la que se tiene por regulados los honorarios de la mencionada letrada. No corresponde regular en esta oportunidad los honorarios profesionales del Dr. I. G. C. (art. 26 a contrario sensu, ley 9459).

Por todo lo expuesto, normas legales citadas y lo dispuesto en los arts. 26, 27, 29, 36, 39 y 75 de la ley 9459, resuelvo: 1. Encomendar al Sr. N. G. A. que, en las futuras presentaciones a efectuar en los estrados del tribunal y en su relación con la Sra. M. G. A., respete la dignidad inherente a su persona, despojada de patrones estereotipados en la distribución de sus roles en el cuidado personal de sus hijas. 2. Ordenar al letrado, Dr. I. G. C., a que realice una adecuada capacitación en cuestiones de género, a los fines de que internalice los principios derivados de los nuevos estándares normativos; y modifique los patrones socioculturales de conducta para alcanzar la eliminación de los perjuicios y prácticas que se encuentran basados en la inferioridad o superioridad de cualquier de los sexos o en las formas estereotipadas de hombres y mujeres, bajo apercibimiento de remitir los antecedentes al Tribunal de Disciplina del Colegio de Abogados. 3. Hacer lugar al reclamo de fijación de una cuota alimentaria efectuado por la Sra. M. G. A., DNI ..., a favor de sus hijas, B. A., DNI ..., y M. A., DNI

..., en contra del Sr. N. G. A., DNI En consecuencia, corresponde condenar al Sr. N. G. A., DNI ..., a pagar una cuota alimentaria, a favor de sus hijas, B. A., DNI, y M. A., DNI, que se fija en la suma de pesos doce mil (\$12.000) mensuales; con más el pago de la matrícula anual de escolarización y las cuotas mensuales en concepto de servicio educativo; y el pago de la obra social, pagaderos por períodos adelantado del 1 al 10 de cada mes, mediante depósito en la cuenta ya abierta. 4. Establecer un reajuste semestral del 15% de la cuota fijada en la suma de pesos doce mil (\$12.000). 5. Adicionar a la prestación correspondiente al mes de febrero de cada año, la suma equivalente al cincuenta por ciento (50%) de la cuota fijada en pesos doce mil (\$12.000), en concepto de cuota extraordinaria, para contribuir con los gastos de inicio de cada año lectivo de los estudios de la adolescente y de la niña. 6. Fijar la cuota alimentaria de pesos doce mil (\$12.000) mensuales de manera retroactiva al día de interposición de la demanda incidental —17/10/2018—, debiendo deducirse los importes cancelados en concepto de cuota alimentaria provisoria si los hubiere. 7. Imponer las costas del presente al demandado, Sr. N. G. A. 8. Regular los honorarios profesionales de la Dra. C. W. de T. en la suma de pesos ... (\$...). No regular en esta oportunidad los honorarios del Dr. I. G. C. Protocolícese y hágase saber. — *Romina S. Sánchez Torassa*.

Tareas de cuidado, violencia patriarcal y perspectiva de género

Carolina E. Grafeuille (*)

Sumario: I. Algunas palabras preliminares.— II. Visibilización de las tareas de cuidado.— III. Ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género.— IV. Conclusión.

I. Algunas palabras preliminares

El feminismo constituye aquello que aflora cuando tomamos la palabra, la voz públi-

ca (1), la cita que nos incluye, el término que nos nombra, que no nos amordaza u omite en un genérico que no nos designa, y que refleja la ausencia de pronombres y vocablos. El feminismo tiene lugar cuando nos reubicamos, cuando nos corremos, cuando quere-

(*) Doctoranda y jefa de Trabajos Prácticos en la materia: "Elementos de Derecho Civil", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires. Adjunta en la materia: "Derecho Civil. Parte General", Facultad de Derecho, Universidad de Palermo.

(1) MARTIRE, María G., "La ficticia paridad de género en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia", LA LEY 2021 (enero), p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

mos elegir, en primera persona, las reglas de juego; cuando tomamos las riendas, cuando se nos revela como propia nuestra potencia; cuando nos rehusamos a la sumisión (2); cuando colocamos bajo escrutinio imaginarios culturales e instancias normativas (3); cuando protestamos e, incluso, cuando nos enojamos, también; cuando nos percatamos, en última instancia, de que nos habíamos habituado a la invisibilidad, a la exclusión (4), a la violencia (5).

La consciencia feminista supone alzarse contra la violencia desmesurada, pero también contra la violencia sutil, enmascarada, microscópica, de lo cotidiano (6); contra aquello que es, reiteradamente, *naturalizado* (7). Y, así-

(2) FELDMAN, Lila M., Nota del diario Página 12 de fecha 8 de marzo de 2021, bajo el título: "8 M: la conciencia feminista es lucha, no cosmética".

(3) GRAFEUILLE, Carolina E., "El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género", LA LEY 08/03/2021, p. 33 - AR/DOC/550/2021, "La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial", SJA 19/05/2021, p. 32 - JA 2021-II, p. 232 - AR/DOC/996/2021, y "Perspectiva de género y adolescencia", DFyP 2021 (agosto), 03/08/2021, p. 83 - TR LA LEY AR/DOC/1915/2021.

(4) GRAFEUILLE, Carolina E., "Perspectiva de género y adolescencia", ob. cit., p. 83 - TR LA LEY AR/DOC/1915/2021.

(5) FELDMAN, Lila M., Nota del diario Página 12 de fecha 8 de marzo de 2021, bajo el título: "8 M: la conciencia feminista es lucha, no cosmética".

(6) GRAFEUILLE, Carolina E., "La perspectiva de género como parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial", ob. cit., p. 32 cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021; y BROCCA, Mariana, "La igualdad y las reparaciones transformativas como respuestas a la violencia estructural contra las mujeres: un análisis desde los Derechos Humanos", RDF 2021-II, p. 85 - AR/DOC/417/2021.

(7) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32, p. 232 - AR/DOC/996/2021, "Una sentencia judicial dispone que en el campo reservado al sexo se consigne 'femineidad travesti'", DFyP 2019 (septiembre), p. 215 - AR/DOC/2184/2019, "Hacia la necesaria supresión del sexo como categoría jurídica", RDF 2019-III, 10/06/2019, p. 192 - AR/DOC/1327/2019, "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", SJA 16/05/2018, p. 13 - JA 2108-II, p. 1247 - AR/DOC/3008/2018, "Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género", RDF 2015-V, p. 254 - AR/DOC/5258/2015, "Una medida legislativa que no logra brindar una adecuada respuesta al fenómeno: bullying", DFyP 2014 (julio), p.

mismo, entraña que la construcción del conocimiento no puede ser sino colectiva: en el seno familiar, en el entorno educativo, en el ámbito sanitario, en la órbita laboral, en la esfera institucional (8), en las calles (9).

El feminismo conlleva el constante, incisivo interrogante acerca de quiénes todavía se hallan fuera de los confines de aquello a lo que se considera como un desenvolvimiento existencial digno: acceso a la vivienda, a la alimentación, a la educación (10), a decidir el alcance del propio proyecto de vida (11). Aunque nuestra inquietud feminista involucra aquella otra en cuyo núcleo se estampa el repertorio de los elementales derechos del ser humano, socava esa epidermis e insiste: ¿quién nos falta? Todas aquellas personas a quienes, ni los discursos, ni las acciones, ni las marchas, ni los *papers*, ni nuestros dedos levantados en las redes sociales, ni la manera airada en que se pronuncia la voz "mujeres", les llegan (12).

El feminismo denota, desde un territorio hecho de cuerpo, una incomodidad perma-

203 - AR/DOC/437/2014, y "Una loable medida legislativa en Alemania, que propicia la deconstrucción de la lógica binaria del género", DFyP 2013 (diciembre), p. 199 - AR/DOC/4526/2013; y LONGO, María L. — BRIZUELA, Cecilia A., "Diversidad sexual e igualdad de género", RDLSS 2020-8, p. 3 - AR/DOC/4038/2019.

(8) BARRIOS COLMAN, Noelia A. — CLÉMENT, María F., "Las sentencias sin perspectiva de género ¿constituyen violencia institucional contra mujeres y disidencias sexuales?", LA LEY 08/03/2021, p. 27 - AR/DOC/554/2021.

(9) FELDMAN, Lila M., Nota del diario Página 12 de fecha 8 de marzo de 2021, bajo el título: "8 M: la conciencia feminista es lucha, no cosmética".

(10) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021; y SPAVENTA, Verónica, "Identidad de género, infancias y violencias", RDF 2020-IV, p. 143 - AR/DOC/2233/2020.

(11) GRAFEUILLE, Carolina E., "La fragilidad estructural del adolescente y la instigación cibernética al suicidio", SJA 05/07/2017, p. 39 - JA 2017-III, p. 421 - AR/DOC/3834/2017, y "El proyecto al libre desenvolvimiento del proyecto de vida familiar frente a la vacunación obligatoria", SJA 07/08/2019, p. 33 - JA 2019-III, p. 33, AR/DOC/1789/2019.

(12) DILLON, Marta, Nota del diario Página 12 de fecha 8 de marzo de 2021, bajo el título: "Pico y pala".

nente. La más clara noción de extranjería. Ser esa persona que está, pero que jamás pertenece, ni quiere ser incluida —aunque continuamente lo intente— porque no hay adentro sin sofoco (13).

Y el quehacer feminista da cuenta de que no tenemos cuerpo, sino, más bien, de que estamos siendo un cuerpo. ¿Cómo podríamos existir sin cuerpo? Que el alma exista, resulta controvertible. Que el cuerpo existe, es incontrovertible. Aun cuando persistamos en aquella dualidad cuerpo-alma, configuramos una pluralidad ontológica sintetizada en una identidad significativa. Cuerpo. Entonces, estamos donde estemos, ¿estamos poniendo el cuerpo? Sí y no. Si ocupamos un espacio es porque está, obviamente, nuestro cuerpo, pero podemos ocupar espacio sin exponer el cuerpo. Se difuminan las fronteras, haciéndonos experimentar los límites evanescentes de la noción de cuerpo-espacio (14).

El cuerpo ha sido, durante diversas centurias, objeto de escamoteo; ha sido negado, degradado, reducido a una ilusión; y el alma abstracta, elevada a la categoría de lo fundante, lo real (15).

Y ser mujer cis (16), integrante del colectivo de la diversidad sexual, genérica y corporal (17), inmigrante, afrodescendiente, trabajadora se-

xual (18) o pobre significa, aún hoy, poner el cuerpo para el cachetazo. Humillaciones, maltrato, abusos, violaciones, asesinatos (19).

Es que el orbe entero se articula desde el dominio patriarcal (20). La historia de la cultura ha exhibido el drama privado, público, descomunal de quien osara disputar, siquiera, una ínfima porción de tal poder. Desde el principio, el vasto abanico de seres humanos signados por la "abyección" ha debido bajar la cerviz bajo el yugo machista (21). Y la periferia sociocultural se ha convertido en el destino privilegiado de todo aquel que efectuase un llamamiento a la sublevación contra esa autoridad (22).

Así las cosas, las personas que habitamos identidades femeninas (23) hemos sido, aunque más no sea de modo parcial, artífices de la contienda política por el desmantelamiento de aquella lógica patriarcal (24), tan profundamente arraigada en el imaginario sociocultural (25).

(18) GRAFEUILLE, Carolina E., "Perspectiva de género y función jurisdiccional", DFyP 2021 (febrero), p. 183 - AR/DOC/4174/2020.

(19) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 19 de febrero de 2021, bajo el título: "Lo que puede un cuerpo"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(20) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, y "La fragilidad estructural del adolescente y la instigación cibernética al suicidio", ob. cit., p. 39 - cit., p. 421 — AR/DOC/3834/2017.

(21) PRECIADO, Paul B., "Un apartamento en Urano. Crónicas del cruce", Ed. Anagrama, Barcelona, 2019, 1ª ed., p. 88.

(22) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 18 de diciembre de 2020, bajo el título: "El camino de la ignominia. Aborto: No preguntamos más hasta cuándo, decimos hasta acá".

(23) GRAFEUILLE, Carolina E., "Perspectiva de género y función jurisdiccional", cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., "Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11 del Código Penal)", LA LEY 06/03/2020, p. 8 - LA LEY 2020-A, p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(24) MARTIRE, María G., "La ficticia paridad de género en el Concejo Deliberante de la Ciudad de Ushuaia", ob. cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

(25) FISCHER PFAEFFLE, Amalia E., "Devenires, cuerpos sin órganos, lógica difusa e intersexuales", en MAFFÍA,

(13) DILLON, Marta, Nota del diario Página 12 de fecha 8 de marzo de 2021, bajo el título: "Pico y pala".

(14) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 19 de febrero de 2021, bajo el título: "Lo que puede un cuerpo"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(15) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 19 de febrero de 2021, bajo el título: "Lo que puede un cuerpo" y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(16) Por oposición al término "trans", se utiliza la voz "cis" para hacer alusión a todas aquellas personas que se identifican con el género que les fue asignado al nacer; conf. CABRAL, Mauro, "Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género", Revista de Derechos Humanos del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos de la Nación, 8, ps. 201-202, Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie".

(17) GRAFEUILLE, Carolina E., "El ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género", ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

Sin embargo, la realidad actual reedita batallas de poder que se remontan a tiempos a los que podíamos considerar remotos. "(...) El arquetipo de la bruja encarna a la mujer liberada de todas las dominaciones, de todas las limitaciones; es un ideal al que hay que tender, manifiesta Mona Chollet, rescatando la potencia indómita de las mujeres que se plantan ante sus perseguidores. Situación que atraviesa épocas y prácticas sociales. ¿Por qué desde los cuentos infantiles hasta los códigos clericales las brujas son viejas y malas? Porque la mujer mayor e independiente (...) escapa al dispositivo de la economía hegemónica y lleva a extremos carnales su simpatía por el diablo. Eso se castiga. ¿Por qué son desgredadas y horripilantes? Para que esa imagen incluya a todas las mujeres emancipadas y las haga detestables (...)" (26).

Toda estrategia de intervención (27) feminista suscita un resquebrajamiento en el núcleo mismo de aquel ordenamiento patriarcal (28). Frente a ello, una nueva tentativa de domesticación, descalificación de quienes transitamos existencias ligadas a la femineidad (29) se yergue ante nuestros ojos, lo que se traduce en la emergencia de situaciones como aquella sobre la que gravita el decisorio judicial objeto de análisis (30).

Precisamente, la manifiesta agresión de la que han sido destinatarias las protagonistas vulne-

rables (31) del pronunciamiento comentado —M. G. A., pero también sus hijas, la adolescente B. A. y la niña M. A.— (32), pone de manifiesto, una vez más, que el varón (33) —en este caso, N. G. A., aunque también su letrado patrocinante, el Dr. I. G. C.— continúa socialmente impune y sin hacerse cargo de aquello que su cuerpo hace con el cuerpo de sus víctimas (34).

En este punto, ponemos especialmente el acento en la dimensión corporal del asunto toda vez que media entre lo narrativo y la discriminación un cruce en el cual podemos advertir cómo lo discursivo es mucho más que eso: las consecuencias materiales de las afirmaciones que hoy podemos registrar en lo textual (35) oscilan entre la inobservancia de los deberes parentales y los femicidios de aquellas que se sustrajeron al mandato patriarcal.

Ciertamente, la invalidación de cualquier intento de reapropiación del arbitrio sobre los cuerpos, deseos y personas de aquellas a quienes la dominación masculina (36) sojuzga, configura una de las más feroces repercusiones que el imaginario patriarcal (37) posee sobre el devenir existencial de las mismas (38).

(31) GRAFEUILLE, Carolina E., "El derecho a la imagen y el consentimiento del adolescente en el Código Civil y Comercial de la Nación", SJA 06/07/2016, p. 14 - JA 2016-III, p. 14 - AR/DOC/4441/2016.

(32) FREDES, Paula, "Región Patagonia", RDF 2020-IV, p. 439 - AR/DOC/2239/2020.

(33) Cis y heterosexual.

(34) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Soy" del diario Página 12 de fecha 19 de febrero de 2021, bajo el título: "Lo que puede un cuerpo".

(35) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(36) RODRÍGUEZ PERÍA, María E., "Violencia económica: deberes y desafíos de juzgar con perspectiva de género", RDF 2021-II, p. 113 - AR/DOC/416/2021.

(37) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017, y ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 — AR/DOC/996/2021.

(38) LINS FRANÇA, Isadora, "Ahora es toda una mujer: un análisis del caso de Edinanci Silva en los medios latinoamericanos", trad. SARDÁ-CHANDIRAMANI, Alejandra, en CABRAL, Mauro (ed.), Interdicciones. Escrituras de la intersexualidad en castellano, ob. cit., p. 31, disponible en: <http://www.mulabi.org/Interdicciones2.pdf>.

Diana (comp.), Sexualidades migrantes. Género y transgénero, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., p. 20.

(26) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 18 de septiembre de 2020, bajo el título: "La tetilla que chupa el diablo"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(27) RADÍ, Blas, "Cambio conceptual, tensiones jurídicas y acrobacias administrativas", RDF 2020-II, p. 166 - AR/DOC/430/2020.

(28) MAFFÍA, Diana, "Introducción", en MAFFÍA, Diana (comp.), Sexualidades migrantes. Género y transgénero, Feminaria Editora, Buenos Aires, 2003, 1ª ed., ps. 6-7.

(29) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., "Homicidio calificado por mediar violencia de género hacia una persona que se autopercibía como mujer (art. 80, inc. 11 del Código Penal)", ob. cit., p. 8 - cit., p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(30) MEDINA, Graciela, "Familia y coronavirus: 10 claves para comprender su relación jurídica", LA LEY 09/04/2020, p. 2 - LA LEY 2020-B, p. 527 - AR/DOC/1011/2020.

Así pues, la notable hostilidad de N. G. A. hacia su excónyuge e hijas evidencia, irremediablemente, que no se trata de aislados actos de maltrato, sino, más bien, de todo un entramado de violencia que se inscribe dentro de un conglomerado de representaciones socioculturales, en cuyo seno la degradación de ciertas trayectorias vitales reviste preponderancia simbólica (39).

De allí que devenga imperioso que el quehacer jurisdiccional no se circunscriba al mero esclarecimiento de los acontecimientos sobre los que versa el caso sometido a decisión, sino que también, comprenda un examen alrededor de las circunstancias que rodean a tales eventos (40).

En efecto, la valoración del estado de desigualdad real (41) en el que se han encontrado sistemáticamente inmersas determinadas justiciables (42), se torna en parámetro insoslayable a la hora de emitir un veredicto judicial (43).

II. Visibilización de las tareas de cuidado

El “Paro Internacional de Mujeres” constituye un dispositivo de resistencia contra las discriminaciones de las que milenariamente fuimos víctimas aquellas personas que habitamos identidades femeninas (44). Un acicate para la obten-

ción de derechos que, en la actualidad, combate contra las discriminaciones, en general; y contra aquellas padecidas por quienes transitamos existencias femeninas (45), en particular (46).

El paro se retroalimenta con la potencia del *no hacer*. Comenzó en Islandia, en el año 1975, mediante la celebración del “Día libre de las mujeres”. El noventa por ciento de las mujeres cis de aquel país se plegaron a tal cese de actividades. Se reunían por grupos temáticos o afinidades. Debataban, proponían cursos de acción a seguir, establecían redes. Auténtico semillero de resistencias. A lo largo y a lo ancho del territorio islandés, se desentendieron de cocinas, pañales, camisas. Los periodistas se comunicaban telefónicamente con los hogares y solo atendían hombres, cuyas voces eran, en ocasiones, ensombrecidas por los llantos de un bebé. Debieron cerrar sus puertas los bancos, las escuelas, los comercios. No obstante, los hombres no se mostraron fastidiados. Por el contrario, se inauguró, a la sazón, un proceso de transformación sociocultural que, hoy en día, posibilita afirmar que Islandia configura el país feminista por antonomasia (47).

A la manifestación callejera y alborotadora del “Día de las Mujeres” vernáculo, se le añadió, durante el transcurso de los últimos años, la modalidad “huelga”. A lo largo de dicha jornada, el joven padre acostumbrado a no haber lavado un calzoncillo en su vida —porque, primero, fue hijo y, más tarde, esposo— se exhibe abrumado frente a todo aquello que supone el quehacer doméstico cotidiano. No sabe qué hacer. Ella sabe que no tiene que hacer. Y esa voluntad de no hacer —nunca equivalente a desgano— resulta considerablemente más eficaz que una manifestación tradicional. He aquí la potencia del no hacer: la inacción que pro-

(39) ERIC, Marcus, “Making History. The Struggle for Gay and Lesbian Equal Rights 1945-1990. An Oral History”, Harper Perennial, Nueva York, 1990, ps. 45-46 y 51.

(40) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017, y ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(41) MARTIRE, María G., ob. cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2021; y BROCCA, Mariana, “La igualdad y las reparaciones transformativas como respuestas a la violencia estructural contra las mujeres: un análisis desde los Derechos Humanos”, ob. cit., p. 85 - AR/DOC/417/2021.

(42) GRAFEUILLE, Carolina E., “El derecho a la imagen y el consentimiento del adolescente en el Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p. 14 - cit., p. 14 - AR/DOC/4441/2016.

(43) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021, ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, y ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y RODRÍGUEZ, Yamila, “Los tribunales y el acceso a la justicia de las personas travestis y trans. A propósito del juicio por el homicidio de Diana Sacayán”, SJA, 01/01/2020, p. 3.

(44) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., ob. cit., p. 8 - ob. cit., p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(45) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., ob. cit., p. 8 - ob. cit., p. 441 — AR/DOC/3529/2019.

(46) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(47) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento “Las 12” del diario Página 12 de fecha 5 de marzo de 2021, bajo el título: “La potencia productiva del no”; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

pulsa acciones, el motor inmóvil que mueve sin ser movido (48).

No se cocina, no se lava ropa, no se hacen las compras, no se va a la tintorería, ni al pediatra, ni al geriátrico; en definitiva, no se trabaja. Nada tan presente como lo ausente (49). Las labores que diariamente realizamos pasan desapercibidas (50). Es suficiente que un día las dejemos de hacer, para que cobren visibilidad (51).

III. Ejercicio de la función jurisdiccional en clave de género

La deconstrucción de los resortes de la anti-gua y renovada epopeya contra la autonomía femenina (52) se erige en tecnología de poder militante (53). Un examen en torno a los discursos misóginos arroja luz sobre el derrotero a adoptar durante esta novedosa etapa: la puesta en práctica de los derechos fundamentales de quienes habitamos identidades femeninas (54).

Habrà demoras, forcejeos, sabotajes. Habrà obstáculos de toda especie, chicanas provenientes de determinados sectores del cuerpo social (55). Es decir, aquello que, en resumidas

cuentas, suele suceder cuando la prepotencia de la autoridad patriarcal presiente que su balsa está comenzando a hacer agua (56).

El debate feminista resulta decisivo porque permite cristalizar la respuesta de a quién pertenece un cuerpo (57), de quién detenta el poder sobre los cuerpos (58). El razonamiento patriarcal se desliza bajo un manto protector que entroniza al hombre como patrón y reduce a quien transita un recorrido vital femenino (59) a sierva reproductora. No es más que aquella contingencia de perder dominio sobre el cuerpo, el goce y el deseo femeninos (60), aquello que tanto aterroriza (61). No es otra cosa que aquel horizonte emancipatorio (62) hacia el que, finalmente, nos dirigimos (63).

Si la ley 26.150 de Educación Sexual Integral está lejos de ser cabalmente implementada, y otro tanto ocurre (64) con legislaciones tales

———
tareas que el debate nos dejó"; y MARTIRE, María G., ob. cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

(56) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 5 de marzo de 2021, bajo el título: "La potencia productiva del no"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(57) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 83 - TR LA LEY AR/DOC/1915/2021.

(58) BUTLER, Judith, "Deshacer el género", Ed. Paidós, Barcelona, 2006, ps. 39-41.

(59) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., ob. cit., p. 8 - ob. cit., p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(60) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., ob. cit., p. 8 - ob. cit., p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(61) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 8 de enero de 2021, bajo el título: "Las tareas que el debate nos dejó"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(62) CABRAL, Mauro, "Derecho a la Igualdad. Tercera posición en materia de género", ob. cit., p. 211. Fallo comentado: CS Australia, 02/04/2014, "NSW Registrar of Births, Deaths and Marriages v. Norrie".

(63) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(64) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "Interrupción Voluntaria del Embarazo y persona gestante", RDF 2021, Ed. Especial, p. 5 - AR/DOC/179/2021; HERRERA, Marisa, "Legislación civil e Interrupción Voluntaria del Emba-

(48) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 5 de marzo de 2021, bajo el título: "La potencia productiva del no"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(49) Vale decir, aquella ausencia que parece tener presencia como signo; conf. GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(50) MEDINA, Graciela, "El coronavirus y el Derecho de Familia", LA LEY 30/03/2020, p. 1 - LA LEY 2020-B, p. 362 - DFyP 2020 (abril), p. 5 - AR/822/2020.

(51) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 5 de marzo de 2021, bajo el título: "La potencia productiva del no"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(52) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021.

(53) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017.

(54) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y MALICA, Alejandra M., ob. cit., p. 8 - ob. cit., p. 441 - AR/DOC/3529/2019.

(55) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 8 de enero de 2021, bajo el título: "Las

como la ley 26.743 de Identidad de Género (65), ¿qué cabe esperar respecto de la materialización del derecho a habitar una existencia libre de violencia y discriminación? (66) Maraña de obstáculos, artimañas machistas, ideologías reaccionarias (67). ¿Qué hacer ante esta renovada avanzada de las retrógradas tinieblas? (68) Argumentos sólidos y acción. Pero, sobre todo, gestión estatal (69).

Así las cosas, es el Estado quien debe prever la posibilidad de que la totalidad de los seres humanos pueda concretar su proyecto vital (70), a salvo de las crueles consecuencias que derivan de prejuicios anacrónicos que fuerzan estereotipos culturales (71) por encima de la dignidad

y la autodeterminación (72) de la persona concernida (73).

En efecto, es el Estado quien debe garantizar el efectivo ejercicio, en condiciones de igualdad real de oportunidades y de trato, de los esenciales derechos de que gozamos quienes habitamos identidades ligadas a la femineidad (74) (arts. 75, inc. 23 de la CN) (75).

A la luz de lo expuesto, deviene indispensable que nuestros magistrados procedan a la introducción de la denominada perspectiva de género (76) en sus pronunciamientos, formulando un abordaje que atienda al estado de desigual-

razo: una relación nada incómoda", RDF 2021, Ed. Especial, p. 109 - AR/DOC/197/2021; y HERRERA, Marisa — DE LA TORRE, Natalia, "Presentación de la edición extraordinaria 'Derecho y realidad': primeros estudios de la Ley de IVE y el 'Plan Mil Días'", RDF 2021, Ed. Especial, p. 3 - AR/DOC/217/2021.

(65) RADÍ, Blas, "Cambio conceptual, tensiones jurídicas y acrobacias administrativas", ob. cit., p. 166 - AR/DOC/430/2020; SPAVENTA, Verónica, "Identidad de género, infancias y violencias", ob. cit., p. 143 - AR/DOC/2233/2020; FREDER, Paula, "Región Patagonia", ob. cit., p. 439 - AR/DOC/2239/2020; y GRAFEUILLE, Carolina E., "La rectificación registral del sexo, prenombre e imagen de un infante trans", ob. cit., p. 13 - JA 2108-II, p. 1247 - AR/DOC/3008/2018.

(66) MEDINA, Graciela, "Ley de Protección Integral a las Mujeres. Objetivo y derechos protegidos", ob. cit., p. 3 - AR/DOC/5605/2011; y RODRÍGUEZ PERÍA, María E., "Violencia económica: deberes y desafíos de juzgar con perspectiva de género", ob. cit., p. 113 - AR/DOC/416/2021.

(67) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017.

(68) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(69) DÍAZ, Esther, Nota Suplemento "Las 12" del diario Página 12 de fecha 8 de enero de 2021, bajo el título: "Las tareas que el debate nos dejó"; y GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(70) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 39 - ob. cit., p. 421 - AR/DOC/3834/2017, y "Una medida legislativa que no logra brindar una adecuada respuesta al fenómeno: bullying", ob. cit., p. 203 - AR/DOC/437/2014; y MARTÍRE, María G., ob. cit., p. 1 - AR/DOC/4077/2021.

(71) GRAFEUILLE, Carolina E., "El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva", SJA 22/11/2017, p. 20 - JA 2017-IV, p. 1217 - AR/DOC/4152/2017; BROCCA, Mariana, ob. cit.,

p. 85 - AR/DOC/417/2021; y VALLARO, Cristian, "Situación de las personas del colectivo LGBTI en Argentina: antecedentes, herramientas de la defensa (hábeas corpus, violencia penitenciaria, menores)", ob. cit., p. 1374.

(72) LAMM, Eleonora, "El uso de tejidos de fetos abortados como otro argumento a favor de la legalización del aborto", RDF 2020-III, p. 335 - AR/DOC/1479/2020; HERRERA, Marisa — DEZA, Soledad — DE LA TORRE, Natalia, "¿Un fallo 'revolucionario' o una contraofensiva frente a la consolidación de los Derechos Humanos en clave de género?", LA LEY 09/09/2019, p. 1 - LA LEY 2019-D, p. 630 - AR/DOC/2716/2019; DEZA, Soledad, "Aborto legal: derecho, deberes y delito", LA LEY 20/02/2020, p. 4 - LA LEY 2020-A, p. 308 - AR/DOC/3944/2019; PRADO, Victoria M., "Una lectura sobre la interrupción voluntaria del embarazo. Perspectiva del Derecho Internacional de los Derechos Humanos", RDF 94, p. 29 - AR/DOC/875/2020; y GONZÁLEZ DE VICEL, Mariela A., "Los derechos personalísimos de niñas, niños y adolescentes. En especial, sus derechos a la salud y al cuidado del propio cuerpo", RDF 92, p. 267 - AR/DOC/3126/2019.

(73) CANTORE, Laura, "Intersexualidad, cambio de identidad sexual e infancia y adolescencia", en *Derecho de Familia. Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia*, 59, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2013, p. 117.

(74) GRAFEUILLE, Carolina E., "La Ley del 'No llame' propicia el pacífico ejercicio del derecho a la identidad", JA, AR/DOC/5556/2014, y "El reconocimiento judicial del derecho a someterse a una intervención quirúrgica de 'reasignación sexual' fundado en la libertad como cimiento del contrato social", DFyP 2011 (noviembre), p. 252 - AR/DOC/4045/2011; y BROCCA, Mariana, ob. cit., p. 85 - AR/DOC/417/2021.

(75) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 203 - AR/DOC/437/2014, y ob. cit., p. 32 - ob. cit., p. 232 - AR/DOC/996/2021.

(76) CIOLLI, María Laura, "Alcance de la compensación económica en la unión convivencial. Sentencia con perspectiva de género", DFyP 2019 (octubre), 16/10/2019,

dad real en que nos hallamos sumidas quienes transitamos existencias vinculadas a la feminidad (77).

Ciertamente, la incorporación de dicha mirada al ejercicio de la función jurisdiccional configura una obligación internacional (78) en materia de Derechos Humanos (79), que posibilita dar cuenta tanto: "(...) de las diferencias estructurales entre varones y mujeres (...)", como "(...) de las condiciones de vulnerabilidad a las que estas pueden verse sometidas, a fin de aportar soluciones adecuadas a la conflictividad propia de cada caso (...)" (80).

En función de dichas premisas, cabe proclamar que el decisorio sopesado se inscribe en un enfoque de la violencia de género (81) que la reputa como un asunto discernible en clave de Derechos Humanos (82).

Precisamente, la jueza actuante subraya que: "(...) [l]a forma en la que el Sr. A. pretende justificar la improcedencia del reclamo alimentario imputado por la Sra. A. a favor de sus hijas per-

mite encuadrar el presente como un caso sospechoso de género (...)", supuesto este con arreglo al cual: "(...) la posición asumida por cada una de las partes, en el marco de una situación conflictual entre un varón y una mujer, (...)" obedece "(...) a una distribución de roles basados en estereotipos de índole patriarcal (...)"

De este modo, estima que: "(...) las manifestaciones formuladas por el demandado en su escrito de contestación de demanda reflejan un evidente menosprecio para quien fue su esposa y compañera en un proyecto de vida en común (...)", y continúa siendo: "(...) la madre de sus hijas (...)"

Efectivamente, tales denigrantes expresiones revelan: "(...) una visión androcéntrica, que resulta intolerable en los tiempos que corren (...)" e, incluso, "(...) la conducta del demandado, reflejada en los términos transcritos, representa un supuesto de violencia simbólica, consagrado en el art. 5º, inc. 5º, ley 26.485 de 'Protección Integral a las Mujeres' (...)"

Es, en ese estado de cosas, en el que la magistrada interviniente pregona que: "(...) la perspectiva de género cobra particular relevancia en el tratamiento de la presente causa (...)", con sustento en que la asunción de una postura adversa a dicha percepción de la cuestión: "(...) implicaría cohonestar una discriminación en contra de la mujer, dentro de las relaciones familiares (...)"

Bajo ese prisma, puntualiza que: "(...) los arts. 1º, 2º, 3º, 4º y 5º de la Convención Sobre Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) condenan los actos de discriminación hacia la mujer por su condición de tal y en contraposición con el varón (...)" y, seguidamente, "(...) imponen al Estado conductas concretas a los fines de modificar patrones socioculturales basados en la idea de la inferioridad o superioridad de cualquiera de los sexos y en funciones estereotipadas de varones y mujeres (...)"

Más aún, añade que: "(...) la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención Do Belem do Pará) (...) consagra el

p. 78; y MILLÁN, Fernando, "Creación legal de las promotoras de género", DFyP 2019 (abril), 10/04/2019, p. 153.

(77) RODRÍGUEZ, Yamila, "Los tribunales y el acceso a la justicia de las personas travestis y trans. A propósito del juicio por el homicidio de Diana Sacayán", ob. cit., p. 3.

(78) SCHIRO, María V., "Cambiarle el sexo al derecho...: la responsabilidad parental en perspectiva de género", RDF 2018-VI, 21/12/2018, p. 105; SALCEDO, Melanie, "Responsabilidad del Estado en un caso de violencia de género", LLBA 2019 (mayo), p. 2; y DEBIAZI, Cynthia M., "Ante la 'duda razonable', la balanza se inclina a favor de la protección a las mujeres", RDF 2019-VI, 17/12/2019, p. 192.

(79) LAMM, Eleonora — MARTINO, Carolina B., "Actualidad bioética en el mundo", RDF 85, 10/07/2018, p. 347.

(80) CNCrim. Corr., sala de turno, 10/03/2020, Causa CCC 41112/2018/TO1/3/CNC3 - AR/JUR/491/2020.

(81) AHUAD, Ernesto J., "Cupo laboral trans para el sector público: otro avance para la inclusión real de grupos vulnerables. DNU 271/2020 (04/09/2020)", RDLSS 2020-20, p. 3, AR/DOC/3065/2020.

(82) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020, y "Resonancias del decreto 476/2021 en algunos de los debates jurídicos contemporáneos", SJA 15/09/2021, p. 3 - JA 2021-III, p. 3 - TR LALEY AR/DOC/2372/2021.

derecho de toda mujer a una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado (...)."

Así pues, la juzgadora cordobesa pone de relieve que "(...) las palabras empleadas por el Sr. A., al referirse al reclamo impetrado por la progenitora a favor de sus hijas como destinado a atender aspectos personales de su vida privada, representan una mirada estereotipada en la distribución de roles del varón y de la mujer, que desconoce el verdadero alcance de los cuidados personales de las hijas (...)."

Adicionalmente, destaca que la efectiva ejecución de dichos quehaceres no solo redundará "(...) en beneficio de ellas, sino también del Sr. A. (...)" Es que, en última instancia, "(...) el tiempo que la Sra. A. dedica a la realización de aquellas tareas cotidianas él puede emplearlo libremente para atender a sus necesidades personales (...)."

A tenor de lo expresado, la jueza concernida arriba a la conclusión de que: "(...) [e]sta concepción de la mujer, propia de una cultura patriarcal, (...) no puede ser tolerada, porque toda mujer tiene derecho a que se respete la dignidad inherente a su persona; máxime cuando la Sra. A. es la madre de sus hijas, también mujeres y comprendidas dentro de aquel grupo al que se ha referido en aquellos términos (...)."

Así las cosas, es dable resaltar que el decisorio judicial comentado constituye una medida es-

tatal de acción positiva **(83)** que se articula, en definitiva, desde un enfoque que contempla los específicos ciclos de violencia **(84)**, exclusión y estigma **(85)** por los que quienes habitamos identidades femeninas hemos atravesado **(86)**.

IV. Conclusión

En nuestro sentir, el veredicto judicial evaluado coadyuba a visibilizar la dimensión sociocultural de la noción de trabajo de cuidado; pero, fundamentalmente, a despojarla de todo vestigio de (aparente) naturalidad.

(83) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 33 - AR/DOC/550/2021, ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020, "El objeto de bien común de las asociaciones civiles como una medida estatal de acción positiva", cit., p. 20 - JA 2017-IV, p. 1217 - AR/DOC/4152/2017, "Una medida judicial de acción positiva que torna efectivo el derecho a la identidad de género", ob. cit., p. 254 - AR/DOC/5258/2015, y "Una medida estatal de acción positiva que posibilita la realización de derechos fundamentales", DFyP 2013 (noviembre), p. 220 - AR/DOC/3085/2013.

(84) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; y SALCEDO, Melanie, ob. cit., p. 2.

(85) GRAFEUILLE, Carolina E., ob. cit., p. 183 - AR/DOC/4174/2020; SCHIRO, María V., ob. cit., p. 105; AVELLANEDA, María P. - GARZÓN LASCANO, María, "La perspectiva de género y las uniones convivenciales", RDF 92, 12/11/2019, p. 46; y AHUAD, Ernesto J., "Cupo laboral trans para el sector público: otro avance para la inclusión real de grupos vulnerables. DNU 271/2020 (04/09/2020)", ob. cit., p. 3, AR/DOC/3065/2020.

(86) MAMANI, Alejandro — LITARDO, Emiliano, "La identidad de género en el registro civil: el sexo más allá del binario", RDF 2019-V, 08/10/2019, p. 279.

DIVORCIO

Pedido de fijación de canon locativo por uso de vivienda que fuera sede del hogar conyugal. Procedencia.

Con nota de Jorgelina Guilisasti

1. — Cuando la sentencia razona que al admitirse en ocasión del divorcio que los niños vivan con su madre en el mismo domicilio que lo hacían antes de ese momento y que ello pudiere implicar la atribución del hogar conyugal, lo que es viable, no permite extrapolar que refleje la intención de renunciar a percibir un canon locativo por ese uso, lo cual el mismo art. 444 del Cód. Civ. y Com. permite fijar —ya sea de oficio o a petición de parte interesada— cuando se atribuyó el uso de la vivienda a uno de los excónyuges.
2. — Aun cuando en las crisis familiares la ley asigna la vivienda en vista a las personas más vulnerables, como es en este caso a los hijos en común, ello no implica que el excónyuge que se retiró de esa sede no tenga un derecho a cobrar un canon por el uso de la parte que le pudiere corresponder y que el otro excónyuge ejerza.
3. — La atribución del hogar conyugal, como la obligación de pagar alimentos, no obstaculiza a que, si se reclama, el excónyuge que habita ese lugar deba pagar un canon por la parte que se ocupa de ese departamento, si bien, para su fijación, deberá tenerse en cuenta también la ocupación que hacen de ese inmueble los hijos en común. Incluso la circunstancia de que el actor tenga otras propiedades por donación de su familia no implica que deba renunciar a reclamar el pago por el uso de un bien que en parte le pertenece.
4. — Aun cuando los alimentos que el padre paga a sus hijos incluyen la habitación y que ambos progenitores deben procurársela a aquellos, no conlleva que no pueda exigiársela a su excónyuge.

CNCiv., sala K, 06/04/2021. - F., P. A. c. C., A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/21473/2021]

Expte. n° CIV 041412/2017

2a Instancia.- Buenos Aires, 6 de abril de 2021.

Considerando:

I.- Vienen los autos a este Tribunal con motivo del recurso de apelación interpuesto por el actor (fs. 99),

contra la sentencia de primera instancia (fs. 95/98). Oportunamente, se fundó (14 de diciembre de 2020) y recibió réplica (1 de febrero de 2021). A continuación, dictaminó la Defensora de Menores e Incapaces de Cámara (21 de febrero de 2021) y se llamó autos para sentencia (24 de febrero de 2021).

II.- Los antecedentes del caso

El señor P. A. F. demandó a la señora A. C. a fin de fijar un monto en concepto de canon locativo por el uso del inmueble que esta ocupa junto con los hijos de ambos, ubicado en la calle L. M. C. n° ..., piso ..., de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Relató que se encuentran divorciados, conforme surge del expediente “C., A. c/ F., P. A. s/ Divorcio” y que, al momento, no han podido llegar a un acuerdo respecto a la liquidación de los bienes de la comunidad.

Refirió que la intención de la demandada es continuar ocupando el departamento, sede del hogar conyugal, el que cuenta con una superficie de 140 metros cuadrados, cochera y baulera. Señaló que su valor supera los 450.000 dólares.

Por ello, solicitó la fijación de un canon locativo sobre el 50% del bien de su titularidad y del que se ve impedido de aprovechar.

Destacó que siempre abonó la parte pertinente de las expensas ordinarias y extraordinarias, como así también los gastos de mantenimiento.

Indicó que existe una deuda hipotecaria sobre el mismo -contraída por ambos y en partes iguales-, la que es cancelada puntualmente.

Adjuntó publicaciones para calcular el precio del alquiler y estimó que, a esa fecha, debería rondar en los \$22.400 mensuales. Sin perjuicio de ello, peticionó se designe un perito tasador para determinar su precio, desde el efectivo cierre de la instancia de mediación hasta la liquidación del bien (fs. 1 a 13).

La señora C. se presentó y contestó la demanda. Sostuvo que el requerimiento es improcedente.

Manifestó que el inmueble es el centro de vida de sus tres hijos, por lo que la cuestión planteada es un ataque al hábitat de los menores de edad, en tanto implicaría una desprotección por la pérdida de su calidad de vida.

Sostuvo que la vivienda es parte esencial de la obligación alimentaria. Refirió que ambos acordaron que sus hijos continuaran viviendo en el departamento que fuera la sede del hogar conyugal, en tanto el señor F. tenía otros bienes y que esta decisión era la que

menos impactaba negativamente en los niños. Por consiguiente, consideró que lo solicitado afectaba el interés superior de los niños.

Por otro lado, adujo que se tornaría de imposible cumplimiento, debido a que destina su sueldo íntegramente a solventar el 50% de la hipoteca y el resto de los rubros que el actor no paga.

Alegó que el abandono del inmueble por parte del accionante perjudica su intento de cobro de un canon locativo.

Expuso que el escrito de solicitud de divorcio presentado conjuntamente expresa la atribución del uso de la vivienda a la madre e hijos.

Detalló los inmuebles con los que cuenta el señor E., por lo que no necesita adquirir o arrendar uno para vivir.

Aseveró que debe considerarse, también, que ella es quien tiene a cargo el cuidado de los hijos.

A su vez, indicó que es necesario que se ratifique la atribución del hogar su favor y de sus hijos, al menos mientras ellos residan en el inmueble, tal como fue planteado en el expediente “F. P. A. c/ C., A. s/ liquidación de la comunidad de bienes” (causa n° 94002/2016) y que deberá resolverse previamente (fs. 17/21vta.).

Sustanciada la causa, se dictó pronunciamiento sobre el mérito (fs. 95/98).

III.- La sentencia

La Jueza de grado rechazó la demanda incoada por el señor P. A. F. por fijación de renta compensatoria por el uso del inmueble ganancial, con costas (fs. 95/98).

IV.- Los agravios

El actor objeto de la declaración de improcedencia de su acción.

Crítica que la sentencia se basó en presunciones y se fundó en la existencia de institutos jurídicos no convenidos por las partes.

Sostiene que se dictó una resolución *extra petita* en tanto se reconoció la existencia de una atribución del hogar o uso de la vivienda familiar por él a favor de la demandada. Alega que esta no se vislumbra en ninguno de los procesos o acuerdos.

Opina que dicha atribución siempre debe surgir de una resolución judicial a petición de parte o bien convencionalmente, lo que no ocurrió en este caso.

Aduce que la decisión en crisis se fundó sobre situaciones jurídicas inexistentes.

Asimismo, considera que vulnera, principalmente, el principio de congruencia y adolece de motivación suficiente.

Asevera que se omitió deliberadamente analizar la situación planteada y que se resolvió sobre cuestiones no peticionadas por la legitimada pasiva.

Además, señala que no se ponderó la situación económica de la accionada.

Asegura que no se especificó sobre la provisión de vivienda como integrante de la cuota alimentaria, como se considera en la sentencia.

Disiente con que su acción afecta el derecho a la vivienda de los hijos, cuando se trata de una petición estrictamente patrimonial dirigida a la señora C.

Sostiene que se viola su derecho de propiedad.

Expresa que la demandada no accede a la liquidación de la comunidad de bienes, rechaza el pago de compensación por el uso de un inmueble ganancial y lo obliga a pagar del 50% de las expensas ordinarias y extraordinarias.

En cuanto al cuidado personal de los hijos por la accionada, manifestó que esta pretende retenerlos como si fueran garantes de su protección patrimonial.

Considera que la decisión convalida el ejercicio abusivo de derechos por parte de la señora C..

Por ello, solicita se revoque el pronunciamiento, se haga lugar a la demanda y se fije un canon locativo a su favor.

V.- Suficiencia del recurso

Habré de analizar, en primer término, las consideraciones vertidas por la legitimada pasiva al contestar los agravios, en cuanto a la solicitud de deserción por insuficiencia del embate (1 de febrero de 2021).

Conforme lo dispone el artículo 265 del Código Procesal Civil y Comercial, la impugnación debe contener una crítica concreta y razonada de las partes del fallo que se consideren equivocadas. Así, con una amplitud de criterio facilitadora de la vía revisora, se aprecia que el ataque cuestionado es hábil, respetando su desarrollo las consignas establecidas en esa

norma del Código ritual, por lo que deviene admisible su tratamiento (art. 265, cit.).

VI.- *Ley aplicable*

Corresponde aplicar a este caso las normas del Código Civil y Comercial de la Nación, en tanto el derecho se reclama con posterioridad a su entrada en vigencia.

La aplicación de ese digesto sustancial, vigente desde el 1 de agosto del año 2015 –art. 7, ley 26.994, conf. art. 1 ley 27077-, habrá que disiparla desde lo dispuesto por el art. 7 de la ley ahora en vigor. Este señala que “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales...”

Por consiguiente, será el Código mencionado el apropiado para enmarcar el litigio a resolver.

VII.- *Procedencia del reclamo de pago de canon locativo*

La sentencia en crisis declaró improcedente la petición del señor F. contra la señora C., para el pago del canon locativo del inmueble citado, por ser esa vivienda un inmueble ganancial que fue la sede del hogar familiar, del cual se retiró el esposo. Fundó ello en que disuelto el vínculo marital permaneció en él exclusivamente la esposa y los tres hijos menores de edad, de quienes aquélla cuidó, lo que se tuvo en cuenta al pactar la cuota alimentaria y al asumir las obligaciones el progenitor en favor de sus hijos en los términos del art. 659 del Código Civil y Comercial de la Nación. Interpretó que la pretensión del actor importaba no solo desconocer la atribución de la vivienda a la demandada y a sus hijos, como integrante de la cuota alimentaria, sino también un enriquecimiento indevido del peticionante, quien compensaría el monto que debe abonar en tal concepto con el proveniente del uso del 50 % del inmueble ganancial.

Crítica el apelante los presupuestos en los cual se asentó la decisión para rechazar la demanda. Alega que la sentencia es extrapetita, pues se asienta en presunciones. Opina que reconoció la existencia de la atribución del hogar conyugal o de la vivienda y, en base a ello, rechazó la pretensión. Dice que ello es un error.

A los fines de disipar esta controversia, cabe indicar que luego del divorcio, dictado en fecha 2 de julio de 2015 (fs. 27 y vta., exp. número 88954/2014, “C., A.

y F., P.A. S/ Divorcio 215 del Código Civil”), diversas fueron las peticiones plasmadas en el expediente que fueron delineando la relación familiar, producto indefectible de la carencia de consenso directo entre las partes que hubiera facilitado los acuerdos que, comunmente, la mayoría de los ex esposos y padres pueden lograr sin necesidad de acudir a la justicia.

En verdad, el actor ataca lo decidido sin negar que las constancias que el fallo señala de los expedientes de divorcio, de liquidación de la comunidad de bienes, como de las tramitadas por el cuidado personal de los hijos, no sean correctas. La diferencia reside en cómo interpreta a esas actuaciones la señora Jueza de primera instancia.

Cierto es que en ese expediente el actor reconoció que los hijos habitaban en el inmueble en cuestión junto a su madre. También es preciso que el 20 de abril de 2017, solicitó el cuidado personal compartido de sus hijos con la modalidad alternada, a los fines de tener una relación más frecuente con ellos (fs. 9/15, ver exp. N° 21764/2017). También es acertado que, como se reseñó en la sentencia en crisis, en esas actuaciones reconoció que, en su momento, estuvo de acuerdo a que sus hijos vivan en el inmueble en cuestión junto a la madre (fs. 109).

Empero, aun cuando las constancias de la causa mencionadas en el fallo obren en el expediente, lo cierto es que no son premisas fundantes para rechazar la demanda. Inferir de ellas la denegación de la pretensión implica desvirtuar el derecho del señor P. F. a reclamar la renta compensatoria que el art. 444 del Código Civil y Comercial de la Nación admite.

En definitiva, el interpretar que la intención de las partes en ocasión del divorcio (de fecha 2 de julio de 2015; fs. 27 y vta., exp. acollarado), deba ser la misma que al tiempo de solicitar la liquidación de la comunidad de bienes, en este caso iniciado el 29 de diciembre de 2016 (fs. 17/20 del exp. 94002/2016, esp. cargo a fs. 20 vta.) y que lo dicho allí cierre la alternativa de futuras peticiones, implica otorgar una perdurabilidad a las relaciones familiares ajena a su misma naturaleza.

Cuando el ejercicio de un derecho es de orden patrimonial, podrá reclamarse siempre que el transcurso del plazo de caducidad o de prescripción no lo haya hecho fenecer o cuando no se haya renunciado al mismo y, además, sea factible. Como enuncia el art. 944 del Código Civil y Comercial de la Nación, toda persona puede renunciar a los derechos que la ley le confiere cuando la renuncia no está prohibida y solo afecte a sus intereses privados. Incluso, esa voluntad no se presume y la interpretación de los actos que permitan inducirlos es restrictiva (art. 948, CCCN).

Por ello, cuando la sentencia razona que al admitirse en ocasión del divorcio que los niños vivan con su madre en el mismo domicilio que lo hacían antes de ese momento y que ello pudiere implicar la atribución del hogar conyugal, lo que es viable, no permite extrapolar que refleje la intención de renunciar a percibir un canon locativo por ese uso, lo cual el mismo artículo 444 del Código Civil y Comercial de la Nación permite fijar -ya sea de oficio o a petición de parte interesada- cuando se atribuyó el uso de la vivienda a uno de los excónyuges.

Como es sabido, en las relaciones familiares la versatilidad de la vida incide en el cambio de su dinámica, lo que lleva a que las partes puedan acordar cambios.

Por ello, el acatamiento de las garantías constitucionales y convencionales, esencialmente contextuales en esta materia, repercute en la necesaria flexibilización en la apreciación de las cuestiones sobre las que versó la litis. El debido proceso en materia de familia permite romper con las estructuras que limitan y mantener aquéllas que dan seguridad (Berizonce, R.O.: “El principio de legalidad bajo el prisma constitucional”, en: La Ley, 2011-E, 1144; Morello, A.M., “Familia y jurisdicción. Hacia una tarea interdisciplinaria”, JA, 1990-IV-879). De esta particularidad dan cuenta también las disposiciones contenidas en el Código Civil y Comercial de la Nación en cuanto al proceso de familia.

Al contestar esta demanda, la excónyuge explicó que ese es el lugar que siempre ha sido el hogar de sus hijos y donde cada uno -ya adolescentes- tienen su habitación para invitar a sus amigos (fs. 17/21 vta.), pero tal argumentación no desplaza el contenido de la demanda, la cual se dirige a la señora C. y no a sus hijos. Por ello, lo así afirmado -aunque cierto- no implica que la excónyuge, quien no es acreedora de alimentos, los que, por otra parte no ha reclamado para sí, quien trabaja como Ingeniera Agrónoma (ver declaración de fs. 77/79 vta., esp. fs. 79, respuesta a la octava pregunta, exp. 21764/2017 collarado), no deba pagar un canon por el uso de ese bien. Por ello, aun cuando los alimentos que el padre paga a sus hijos incluye la habitación y que ambos progenitores deben procurársela a aquellos, no conlleva a que no pueda exigírsela a su excónyuge. Como se recuerda, el reclamo se dirige solo contra la señora C., no contra los hijos (arts. 330, 356 inc. 1, CPCC).

En definitiva, todas esas circunstancias no podrían ser interpretadas en el sentido de rechazar la petición del señor F. de estimar un canon locativo por el uso exclusivo de la vivienda por la señora C., más allá que allí habiten sus hijos, que ambos deban colaborar en la manutención de ellos y que la vivienda es uno de

los derechos que ambos padres deben asegurarle a su descendencia.

Aun cuando en las crisis familiares la ley asigna la vivienda en vista a las personas más vulnerables, como es en este caso a los hijos en común, ello no implica que el excónyuge que se retiró de esa sede no tenga un derecho a cobrar un canon por el uso de la parte que le pudiere corresponder que el otro excónyuge ejerce.

La atribución del hogar conyugal, como la obligación de pagar alimentos, no obstaculiza a que, si se reclama, el excónyuge que habita ese lugar deba pagar un canon por la parte que se ocupa de ese departamento, si bien, para su fijación, deberá tenerse en cuenta también la ocupación que hacen de ese inmueble los hijos en común.

Incluso, la circunstancia que el señor F. tenga otras propiedades por donación de su familia no implica que deba renunciar a reclamar el pago por el uso de un bien que en parte le pertenece.

A tal fin, se propone que firme la presente, se fije en primera instancia el canon, solo por el uso de la excónyuge -por lo que habrá que considerar que ese bien también está ocupado por los hijos, los que no fueron demandados en estas actuaciones (fs. 11/13)- y por el 50% que le corresponde a la otra parte.

Es por ello que se propicia hacer lugar al recurso y dejar sin efecto la sentencia en cuando rechaza la demanda, por lo que se postula hacer lugar a la misma, contra la señora A. C., por la fijación del canon locativo por el uso y goce del 50% del inmueble ganancial sito en la calle L. M. C. número ..., Piso ..., Departamento “...” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

Asimismo, el pago de la suma que se fije deberá computarse desde la notificación de la demanda y no desde la mediación, pues, en este caso, en el ítem “Objeto” del acta de la Mediación prejudicial obligatoria, el mediador no indicó el reclamo por el pago del canon (fs. 7 y vta.), si bien en el formulario de iniciación el letrado lo había precisado (fs. 8).

Por ello, la notificación de la demanda constituye interpelación idónea para constituir en mora (SCBA, Ac 48163, sent. del 10-VIII-1993), cuando no hay una anterior.

Asimismo, deberá abonarse hasta la liquidación de la comunidad de bienes y en tanto la señora C. lo ocupe.

La justipreciación del monto en la primera instancia permitirá la posible revisión en apelación de

la suma estimada en caso de disconformidad de las partes.

Asimismo, postulo que las costas de ambas instancias se impongan a la demandada en su carácter de vencida (art. 68, CPCC).

VIII.- Por los fundamentos antes expuestos, propicio revocar la sentencia y: 1) hacer lugar a la demanda instaurada por el señor P. A. F. contra la señora A. C., por la fijación del canon locativo por el uso y goce del 50% del inmueble ganancial, sito en la calle L. M. C. número ..., Piso ..., Departamento “...” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2) A tal fin, se postula que firme la presente, se fije en primera instancia el canon, solo por el uso de la excónyuge -por lo que habrá que considerar que ese bien también está ocupado por los hijos, los que no fueron demandados en estas actuaciones- y por el 50% que le corresponde a la otra parte. Asimismo, el pago de la suma que se disponga deberá computarse desde la notificación de la demanda hasta la liquidación de la comunidad de bienes y en tanto la cónyuge habite allí. 3) Con las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68, CPCC). 4) Se posterga lo referido a la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad.

El doctor *Ameal* y el doctor *Álvarez*, por las consideraciones y razones aducidas por la Dra. *Bermejo*, votan en igual sentido a la cuestión propuesta.

Y visto lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo transcrito precedentemente, el Tribunal por unanimidad decide: 1) hacer lugar a la demanda instaurada por el señor P. A. F. contra la señora A. C.,

por la fijación del canon locativo por el uso y goce del 50% del inmueble ganancial, sito en la calle L. M. C. número ..., Piso ..., Departamento “...” de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. 2) A tal fin, se postula que firme la presente, se fije en primera instancia el canon, solo por el uso de la excónyuge -por lo que habrá que considerar que ese bien también está ocupado por los hijos, los que no fueron demandados en estas actuaciones- y por el 50% que le corresponde a la otra parte. Asimismo, el pago de la suma que se disponga deberá computarse desde la notificación de la demanda hasta la liquidación de la comunidad de bienes y en tanto la cónyuge habite allí. 3) Con las costas de ambas instancias a cargo de la demandada vencida (art. 68, CPCC). 4) Se posterga lo referido a la regulación de honorarios de Alzada para su oportunidad.

Regístrese de conformidad con lo establecido con el art. 1° de la ley 26.856, art. 1 de su Decreto Reglamentario 894/2013 y arts. 1, 2 y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN.

La difusión de la presente sentencia se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe, asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido.

Notifíquese por Secretaría, cúmplase con la comunicación pública dispuesta en las Acordadas CSJN 15/2013 y 24/2013 y, oportunamente, devuélvase. — *Oscar J. Ameal*. — *Oswaldo O. Álvarez*. — *Silvia P. Bermejo*.

Derechos en tensión: atribución de la vivienda familiar y pago por uso exclusivo del mismo inmueble durante la indivisión poscomunitaria

Un fallo poco esclarecedor

Jorgelina Guilisasti (*)

Sumario: I. El caso.— II. Derechos en tensión.— III. Argumentos de la alzada.— IV. Conclusiones.

I. El caso

El señor P. A. F. promovió una demanda contra su exesposa A. C. para que se fije un monto en concepto de canon locativo por el uso del inmueble ocupado por la demandada junto a los hijos en común en la CABA.

La fundamentación jurídica del reclamo es la subsistencia de la indivisión poscomunitaria y el derecho a cobrar una compensación por el uso exclusivo y excluyente del inmueble ganancial.

El actor centra su pretensión en dos situaciones fácticas: a) la intención de la demandada de continuar con la ocupación del departamento, sede de la vivienda familiar, y b) las dimensiones del inmueble —140 metros cuadrados, cochera y baulera— y su elevado valor —superior a USD 450.000—.

(*) Abogada (UNL); abogada especializada en Derecho de Familia (Fac. de Derecho, UNR). Docente de grado y de posgrado en Derecho de Familia y Derecho Sucesorio en la FCJS (UNL) y en la Facultad Teresa de Avila (UCA).

Por otra parte, sostuvo que siempre abonó la parte pertinente de las expensas ordinarias y extraordinarias, los gastos de mantenimiento y la deuda con garantía hipotecaria que grava el inmueble —contraída por ambos y en partes iguales—, la que es cancelada puntualmente.

En definitiva, solicitó la fijación de un canon locativo sobre el 50% del bien ganancial de su titularidad, del que se ve impedido de usar.

La señora C., al contestar la demanda, sostuvo que el requerimiento es improcedente.

Alegó que el inmueble es el centro de vida de sus tres hijos, por lo que la cuestión planteada es un ataque al hábitat de los menores de edad, en tanto implicaría una desprotección por la pérdida de su calidad de vida. Remarcó que la vivienda es parte esencial de la obligación alimentaria, que ambos acordaron que sus hijos continuaran viviendo en el departamento que fuera la vivienda familiar, en tanto el señor F. tenía otros bienes y que esta decisión era la que menos impactaba negativamente en los niños. Por consiguiente, consideró que lo solicitado afectaba el interés superior del niño.

También adujo que se tornaría de imposible cumplimiento, debido a que destina su sueldo íntegramente a solventar el 50% de la hipoteca y el resto de los rubros que el actor no paga.

Expuso que la presentación conjunta del divorcio expresa la atribución del uso de la vivienda a la madre e hijos y que tiene a cargo el cuidado de estos.

A su vez, indicó que es necesario que se ratifique la mencionada atribución, mientras los hijos residan en el inmueble, como fue planteado en el expediente de liquidación de la comunidad, cuestión que debía resolverse como previa.

La jueza de grado rechazó la demanda para la fijación de renta compensatoria por el uso del inmueble ganancial, con costas.

El actor apeló la sentencia de primera instancia y la alzada hizo lugar al recurso.

II. Derechos en tensión

En este fallo se involucran derechos derivados de los efectos del divorcio, que involucran relaciones entre los cónyuges y relaciones derivadas de la responsabilidad parental (1).

En el primer grupo, encontramos la protección de la vivienda familiar (VF) tanto durante el matrimonio como luego de la disolución y los derechos de los cónyuges a partir de la extinción de la comunidad, mientras subsiste la indivisión poscomunitaria.

En el segundo, se involucra la obligación alimentaria de los progenitores, derivada de la responsabilidad parental, a favor de los hijos menores de edad, con la extensión prevista para los mayores en sus dos tramos etarios (18 a 21 años y 21 años a 25 años).

(1) Esta sentencia de la sala K de Cámara Nacional de Apelaciones fue comentada por Martín ROTONDO en sentido afirmativo ("Aplicación del canon locativo ante la atribución de la vivienda familiar", LA LEY del 16/09/2021, 7; AR/DOC/2624/2021).

A su vez, estos derechos deben ser ponderados bajo los principios del derecho de familia, sin desconocer los principios generales del derecho privado que se encuentran legislados en el título preliminar del código unificado.

Analizaremos brevemente los derechos en juego en tres grupos, ya que separamos los que se refieren a las relaciones entre los cónyuges.

II.1. La vivienda familiar

La protección de la vivienda familiar (VF) tiene como eje el resguardo del asiento de vida de los cónyuges, de sus hijos (si los tienen y conviven) y de otros miembros de la familia (2). En sentido genérico, se considera una cuestión relacionada a los derechos humanos, como se desprende de los fundamentos del anteproyecto del Código Civil y Comercial de la Nación (3), criterio que también sostiene la doctrina (4).

Durante el matrimonio, se encuentra protegida dentro del régimen primario (que es obligatorio, inderogable e imperativo para los cónyuges), con sus dos aspectos, interno y externo (5), en el art. 457 (6). En ambos casos, se

(2) Rotondo hace hincapié en la protección constitucional de la vivienda familiar, en los arts. 14 bis y 75, inc. 22, CN, tratados internacionales y los arts. 244 y ss., Cód. Civ. y Com. (ROTONDO, Martín, ob. cit.).

(3) "Código Civil y Comercial de la Nación. Proyecto del Poder Ejecutivo Nacional redactado por la Comisión de Reformas designada por decreto presidencial 191/2011", Ed. La Ley, Buenos Aires, p. 466.

(4) KEMELMAJER de CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - LLOVERAS, N., "Tratado de derecho de familia según el Código Civil y Comercial de 2014", Ed. Rubinza-Culzoni, t. I, ps. 481 y ss.

(5) *Ibidem*, p. 482.

(6) Art. 456: "Actos que requieren asentimiento. Ninguno de los cónyuges puede, sin el asentimiento del otro, disponer de los derechos sobre la vivienda familiar, ni de los muebles indispensables de esta, ni transportarlos fuera de ella. El que no ha dado su asentimiento puede demandar la nulidad del acto o la restitución de los muebles dentro del plazo de caducidad de seis meses de haberlo conocido, pero no más allá de seis meses de la extinción del régimen matrimonial. La vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después de la celebración del matrimonio, excepto que

protege al cónyuge o al grupo familiar de los actos de disposición del titular de los derechos sobre la vivienda que puedan provocar su pérdida, como también los efectos del endeudamiento frente a terceros, a partir del matrimonio. Esta protección también alcanza los muebles indispensables del hogar.

Luego de la disolución del matrimonio, la protección difiere si la causa se debe a la muerte real o presunta de uno de los cónyuges o al divorcio.

En el primer caso, el derecho sucesorio reconoce el derecho del cónyuge superviviente a oponerse a la partición de la VF (adquirida o construida con fondos gananciales) (7), a solicitar la atribución preferencial de la vivienda en la que residía al momento de la muerte de su consorte (8), o a confirmar el derecho real de habitación viudal que adquiere de pleno derecho desde la muerte (9).

En el segundo caso, la atribución de la VF se regula como uno de los efectos del divorcio en los

lo hayan sido por ambos cónyuges conjuntamente o por uno de ellos con el asentimiento del otro”.

(7) Este derecho se encuentra en el art. 2332, último párrafo, del Cód. Civ. y Com., que dispone: “El cónyuge superviviente también puede oponerse a que la vivienda que ha sido residencia habitual de los cónyuges al tiempo de fallecer el causante y que ha sido adquirida o construida total o parcialmente con fondos gananciales, con sus muebles, sea incluida en la partición, mientras él sobreviva, excepto que pueda serle adjudicada en su lote. Los herederos solo pueden pedir el cese de la indivisión si el cónyuge superviviente tiene bienes que le permiten procurarse otra vivienda suficiente para sus necesidades”.

(8) El cónyuge sobreviviente, al igual que un heredero, puede pedir también la atribución preferencial “de la propiedad o del derecho a la locación del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él” [art. 2381, inc. a) Cód. Civ. y Com.].

(9) Art. 2383: “Derecho real de habitación del cónyuge superviviente. El cónyuge superviviente tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho es inoponible a los acreedores del causante”.

arts. 443 (10), 444 (11) y 445 (12) del Cód. Civ. y Com. Estas normas determinan la procedencia de la atribución, sus efectos y las causas de cese, sin perjuicio del derecho a solicitarla como medida cautelar antes del divorcio o durante su tramitación (art. 721, Cód. Civ. y Com.) (13).

En el Código Civil derogado, la atribución de la vivienda familiar se encontraba regulada como medida cautelar previa o contemporánea al divorcio o separación personal (14), o

(10) Art. 443: “Atribución del uso de la vivienda. Pautas. Uno de los cónyuges puede pedir la atribución de la vivienda familiar, sea el inmueble propio de cualquiera de los cónyuges o ganancial. El juez determina la procedencia, el plazo de duración y efectos del derecho sobre la base de las siguientes pautas, entre otras: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios; c) el estado de salud y edad de los cónyuges; d) los intereses de otras personas que integran el grupo familiar”.

(11) Art. 444: “Efectos de la atribución del uso de la vivienda familiar. A petición de parte interesada, el juez puede establecer: una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda; que el inmueble no sea enajenado sin el acuerdo expreso de ambos; que el inmueble ganancial o propio en condominio de los cónyuges no sea partido ni liquidado. La decisión produce efectos frente a terceros a partir de su inscripción registral. Si se trata de un inmueble alquilado, el cónyuge no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato”.

(12) Art. 445: “El derecho de atribución del uso de la vivienda familiar cesa: a) por cumplimiento del plazo fijado por el juez; b) por cambio de las circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación; c) por las mismas causas de indignidad previstas en materia sucesoria”.

(13) El art. 721, referido a “Medidas provisionales relativas a las personas en el divorcio y en la nulidad de matrimonio”, establece: “Deducida la acción de nulidad o de divorcio, o antes en caso de urgencia, el juez puede tomar las medidas provisionales necesarias para regular las relaciones personales entre los cónyuges y los hijos durante el proceso. Puede especialmente: a) determinar, teniendo en cuenta el interés familiar, cuál de los cónyuges ha de continuar en el uso de la vivienda familiar y, previo inventario, qué bienes retira el cónyuge que deja el inmueble”.

(14) El art. 231, Cód. Civil (ley 23.515, BO del 12/06/1987), disponía: “Deducida la acción de separación personal o de divorcio vincular, o antes de ella en casos de urgencia, podrá el juez decidir si alguno

como objeto de los acuerdos incorporados para su homologación en las presentaciones conjuntas (15). Luego de la sentencia de separación personal o divorcio, solo estaba previsto a favor del cónyuge inocente (16).

En la regulación del código unificado, a partir del divorcio, el cónyuge que se considere con derecho a ejercerlo puede pedir que se le atribuya la VF si se dan las condiciones descriptas en el art. 443. Sin embargo, no se puede desconocer que es muy frecuente que la atribución se ejerza de hecho, como en el caso bajo aná-

de los cónyuges debe retirarse del hogar conyugal, o ser reintegrado a él, determinar a quien corresponda la guarda de los hijos con arreglo a las disposiciones de este Código y fijar los alimentos que deban prestarse al cónyuge a quien correspondiere recibirlos y a los hijos, así como las expensas necesarias para el juicio. En el ejercicio de la acción por alimentos provisionales entre los esposos, no es procedente la previa discusión de la validez legal del título o vínculo que se invoca”.

(15) El art. 236, Cód. Civil (ley 23.515, BO del 12/06/1987), en lo que se refiere a los acuerdos celebrados entre los cónyuges, establecía: "En los casos de los artículos 205 y 215 la demanda conjunta podrá contener acuerdos sobre los siguientes aspectos: 1º Tenencia y régimen de visitas de los hijos; 2º Atribución del hogar conyugal; 3º Régimen de alimentos para los cónyuges e hijos menores o incapaces incluyendo los modos de actualización. También las partes podrán realizar los acuerdos que consideren convenientes acerca de los bienes de la sociedad conyugal. A falta de acuerdo la liquidación de la misma tramitará por vía sumaria. El juez podrá objetar una o más estipulaciones de los acuerdos celebrados cuando, a su criterio, ellos afectaren gravemente los intereses de una de las partes o el bienestar de los hijos”.

(16) El art. 211, Cód. Civil, regía para la separación personal y para el divorcio vincular, por remisión del art. 217. El texto del art. 211 (sustituido por la ley 23.515) decía: "Dictada la sentencia de separación personal el cónyuge a quien se atribuyó la vivienda durante el juicio, o que continuó ocupando el inmueble que fue asiento del hogar conyugal, podrá solicitar que dicho inmueble no sea liquidado ni partido como consecuencia de la disolución de la sociedad conyugal si ello le causa grave perjuicio, y no dio causa a la separación personal, o si esta se declara en los casos del art. 203 y el inmueble estuviese ocupado por el cónyuge enfermo. En iguales circunstancias, si el inmueble fuese propio del otro cónyuge, el juez podrá establecer en favor de este una renta por el uso del inmueble en atención a las posibilidades económicas de los cónyuges y al interés familiar, fijando el plazo de duración de la locación. El derecho acordado cesará en los casos del art. 210. También podrá declararse la cesación anticipada de la locación o de la indivisión si desaparecen las circunstancias que le dieron lugar”.

lisis, en el que no se incorporó en forma expresa como acuerdo en el divorcio tramitado bajo el sistema derogado (art. 236 inc. 2º, Cód. Civil).

Consideramos que, ante esta situación fáctica, ambos cónyuges pueden solicitar al juez que establezca alguno de los efectos previstos en el art. 444, dado que esta norma no se puede limitar a los casos de atribución de la VF en forma convencional o judicial. Dentro de estos efectos, se incluye la solicitud de “una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del cónyuge a quien no se atribuye la vivienda” la que, de ser fijada por el juez, se deberá desde que se la reclama.

Del fallo analizado se desprende que la excónyuge continuó con el uso exclusivo del inmueble ganancial, donde residió junto a los hijos en común por varios años, con el consentimiento del excónyuge titular del inmueble, calificado como bien ganancial.

Por otra parte, se destaca que durante ese período de tiempo las partes no pudieron resolver la liquidación de la comunidad, pese a haber transitado por la mediación previa obligatoria y pese a la promoción del proceso judicial correspondiente.

Por esa razón, el reclamo de la renta compensatoria por el uso exclusivo del inmueble es procedente, aun cuando se trata de una atribución de hecho de la VF, en virtud de la aplicación sistémica del ordenamiento jurídico, tal como lo dispone el art. 2º del Cód. Civ. y Com.

Al respecto, se “delega al ámbito judicial la especificación y precisión de los efectos jurídicos que produce esta atribución”, dado que ella “se encuentra estrechamente relacionada con las circunstancias fácticas que rodean cada situación” (17).

Por lo tanto, el juez puede denegar la renta, de acuerdo con las circunstancias de la familia involucrada, si de la ponderación de las normas jerarquiza las que justifican la gratuidad del uso, por su finalidad asistencial. Esto puede suceder en virtud de la vulnerabilidad del cónyuge demandado por razones de salud, situación eco-

(17) KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – LLOVERAS, N., ob. cit., p. 516.

nómica, dedicación al cuidado de los hijos, etc. Es decir, quien decide “se encuentra en mejores condiciones de valorar y evaluar tanto su duración como los efectos, pues habrá que analizar en cada caso cuál es la intensidad legítimamente aceptable de la afectación a los derechos del titular del inmueble” **(18)**.

Esta fue la resolución del juez de primera instancia, que motivó la apelación del demandado y culminó con el fallo de la sala K.

II.2. La indivisión poscomunitaria

La indivisión poscomunitaria nace con la extinción de la comunidad y subsiste hasta la partición **(19)**.

Comprende la gestión de los bienes gananciales de titularidad de los cónyuges o excónyuges, según el caso, con la particularidad de que dichos bienes están sometidos a la liquidación y la partición por mitades.

En consecuencia, rige la regulación establecida a partir del art. 482 **(20)** del Cód. Civ. y Com., cuando la extinción se produce en vida de los cónyuges o excónyuges y si ninguno de ellos fallece durante la indivisión [art. 481 **(21)**].

Dentro de esta regulación, hay dos normas que se refieren al uso exclusivo de un bien ganancial —arts. 484 y 485—, con distintas redacciones.

(18) *Ibidem*, p. 517.

(19) MEDINA, G. – ROVEDA, E. G., “Derecho de familia”, Ed. Abeledo-Perrot, Buenos Aires, p. 395.

(20) Art. 482: “Reglas de administración. Si durante la indivisión postcomunitaria los excónyuges no acuerdan las reglas de administración y disposición de los bienes indivisos, subsisten las relativas al régimen de comunidad, en cuanto no sean modificadas en esta Sección. Cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos”.

(21) Art. 481: “Reglas aplicables. Extinguido el régimen por muerte de uno de los cónyuges, o producido el fallecimiento, mientras subsiste la indivisión postcomunitaria se aplican las reglas de la indivisión hereditaria”.

La primera —art. 484— establece: “Uso de los bienes indivisos. Cada copartícipe puede usar y disfrutar de los bienes indivisos conforme a su destino, en la medida compatible con el derecho del otro. Si no hay acuerdo, el ejercicio de este derecho es regulado por el juez. El uso y goce excluyente sobre toda la cosa en medida mayor o calidad distinta a la convenida, solo da derecho a indemnizar al copartícipe a partir de la oposición fehaciente, y en beneficio del oponente”.

La segunda norma —art. 485—, por su parte, dispone: “Frutos y rentas. Los frutos y rentas de los bienes indivisos acrecen a la indivisión. El copropietario que los percibe debe rendición de cuentas, y el que tiene el uso o goce exclusivo de alguno de los bienes indivisos debe una compensación a la masa desde que el otro la solicita”.

Parte de la doctrina sostiene que ambos artículos son similares y no plantean supuestos diferentes para su aplicación, con una crítica a la repetición **(22)**.

Sin embargo, entendemos que no es así, dado que observamos una distinción en ambas normas para el reclamo del interesado que no usa el bien **(23)**. En el primer caso, hay un acuerdo entre los cónyuges o excónyuges o una atribución judicial y el que tiene el uso se excede en los términos del ejercicio (acordado o establecido por el juez), como sucedería si tiene el uso para vivir en un inmueble ganancial y lo destina para una actividad comercial. En el segundo caso, no hay acuerdo previo, por lo que, en cualquier momento, el que no tiene el uso, puede pedir la compensación al que lo detenta de hecho, sin importar la circunstancia.

En cualquiera de los supuestos, es indiferente la titularidad del bien en esta etapa, dado que la extinción produce como efecto principal que todos los bienes gananciales se encuentren sometidos a la división por mitades, una vez deducidas las deudas y establecidas las recompensas

(22) MEDINA, G. – ROVEDA, E. G., *ob. cit.*, p. 398; ARIANNA, C., “Régimen patrimonial del matrimonio”, Ed. Astrea, p. 275.

(23) Esta interpretación es coincidente con la de Ferrer, que analiza ambas situaciones por separado (“El régimen patrimonial del matrimonio”, Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 222 y 223).

a favor de la comunidad o de los cónyuges [arts. 497 (24) y 498 (25)].

Sin embargo, el contenido económico del reclamo difiere: en el supuesto del art. 484 será el equivalente a la indemnización por el uso en "medida mayor o calidad distinta a la convenida"; en el art. 485, será el equivalente a la mitad del valor locativo, previa deducción de los impuestos que deben soportarse por ambos cónyuges o excónyuges (26).

Corresponde dirimir, entonces, si en el caso de la VF, el reclamo por compensación se debe promover de acuerdo con lo dispuesto en el art. 444 o a las disposiciones de las normas citadas.

Consideramos que no corresponde resolverlo en el marco normativo de indivisión poscomunitaria, dado que es un efecto del divorcio previsto en el art. 444 del Cód. Civ. y Com. (27), sin importar el régimen en el que se encontraban los cónyuges antes de la disolución del vínculo y tiene una finalidad protectoria del cónyuge más vulnerable, que se resuelve en virtud del principio de solidaridad familiar (28). El cotejo de antecedentes permite relevar las sentencias dictadas frente al reclamo de una compensación por el uso exclusivo del inmueble que fuera asiento de la VF (29).

(24) Art. 497: "Masa partible. La masa común se integra con la suma de los activos gananciales líquidos de uno y otro cónyuge".

(25) Art. 498: "División. La masa común se divide por partes iguales entre los cónyuges, sin consideración al monto de los bienes propios ni a la contribución de cada uno a la adquisición de los gananciales. Si se produce por muerte de uno de los cónyuges, los herederos reciben su parte sobre la mitad de gananciales que hubiese correspondido al causante. Si todos los interesados son plenamente capaces, se aplica el convenio libremente acordado".

(26) KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – LLOVERAS, N., ob. cit., ps. 831 y ss.; FERRER, F. A. M., "El régimen patrimonial del matrimonio", Ed. Rubinzal-Culzoni, p. 223.

(27) KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – LLOVERAS, N., ob. cit., ps. 490 y ss.

(28) La jurisprudencia demuestra la recurrencia de esta situación en las parejas divorciadas.

(29) Sentencias favorables al canon por el uso con diversas extensiones y argumentos: CNCiv., sala E,

Lo expuesto no impide que el juez valore la situación patrimonial de ambas partes, en el contexto del régimen de comunidad indiviso, para hacer lugar al reclamo de compensación y cuantificarlo o, en su caso, denegarlo.

A esta conclusión se arriba si se considera la finalidad del codificador al regular la atribución de la VF y sus efectos por separado, por lo que no se trata de una cuestión de exclusiva índole patrimonial referida a la indivisión poscomunitaria (30).

Es probable que la jueza de grado haya decidido desde esta perspectiva, con la mirada de una magistrada especializada en derecho de familiar.

II.3. Los alimentos debidos a los hijos menores de edad

Por último, se analizan los alcances de la prestación alimentaria de los progenitores, derivada de la responsabilidad parental.

Para determinarla, se tienen en cuenta los arts. 658, 659 y 660 del Cód. Civ. y Com. (31).

El art. 658 se establece la regla general: "Ambos progenitores tienen la obligación y el derecho de criar a sus hijos, alimentarlos y educarlos conforme a su condición y fortuna, aunque el cuidado personal esté a cargo de uno de ellos. La obligación de prestar alimentos a los hijos se

21/02/2020, "H. E. E. c. M. G. M. s/ fijación de renta compensación por uso de vivienda", TR LALEY AR/JUR/1460/2020; CNCiv., sala M, 19/06/2019, "S. N. E. c. P. M. B. s/ fijación y/o cobro de valor locativo", TR LALEY AR/JUR/49287/2019; CCiv. y Com. Mercedes, sala I, 02/05/2019, "F. E. L. c. D. O. G. s/ liquidación de sociedad conyugal", TR LALEY AR/JUR/8856/2019. En contra de la procedencia del canon por el ISN: C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, 24/10/2019, "N. C. S. R. c. O. P. G. s/ liquidación de sociedad conyugal", Errejus, IUSJU075611E.

(30) Arianna sostiene que la atribución de la VF "no enerva la posibilidad de fija una compensación a favor del otro excónyuge, pero el juez deberá obrar con mayor cautela y ponderar las pautas que fija el art. 443 a fin de establecer la procedencia" ("Régimen patrimonial del matrimonio", p. 274).

(31) Para el análisis del deber-derecho de asistencia derivado de la responsabilidad parental, ver JÁUREGUI, R. G., "Responsabilidad parental. Alimentos y régimen de comunicación. Código Civil y Comercial de la Nación. Ley 26.994", Ed. Rubinzal-Culzoni, ps. 237 y ss.

extiende hasta los veintiún años, excepto que el obligado acredite que el hijo mayor de edad cuenta con recursos suficientes para proveérselos por sí mismo”.

El art. 659 se refiere al contenido de la obligación alimentaria: “La obligación de alimentos comprende la satisfacción de las necesidades de los hijos de manutención, educación, esparcimiento, vestimenta, habitación, asistencia, gastos por enfermedad y los gastos necesarios para adquirir una profesión u oficio. Los alimentos están constituidos por prestaciones monetarias o en especie y son proporcionales a las posibilidades económicas de los obligados y necesidades del alimentado” (32).

Por último, el 660 tiene en cuenta el contenido económico de las tareas de cuidado personal (33): “Las tareas cotidianas que realiza el progenitor que ha asumido el cuidado personal del hijo tienen un valor económico y constituyen un aporte a su manutención”.

Estas tres pautas deben complementarse con las disposiciones generales referidas al concepto de responsabilidad parental (art. 638) (34) y a los deberes de los progenitores (art. 646) (35),

(32) En virtud de esta disposición, los alimentos también pueden pagarse en especie, prestación que comprende proveer al hijo de la casa habitación (KEMELMAJER de CARLUCCI, A. – HERRERA, M. – LLOVERAS, N., ob. cit., t. IV, p. 160).

(33) La consideración económica de la ocupación de quien tiene bajo su cuidado personal al hijo es desarrollada por JÁUREGUI, ob. cit., p. 244.

(34) Art. 638: “Responsabilidad parental. Concepto. La responsabilidad parental es el conjunto de deberes y derechos que corresponden a los progenitores sobre la persona y bienes del hijo, para su protección, desarrollo y formación integral mientras sea menor de edad y no se haya emancipado”.

(35) Art. 646: “Enumeración. Son deberes de los progenitores: a) cuidar del hijo, convivir con él, prestarle alimentos y educarlo; b) considerar las necesidades específicas del hijo según sus características psicofísicas, aptitudes y desarrollo madurativo; c) respetar el derecho del niño y adolescente a ser oído y a participar en su proceso educativo, así como en todo lo referente a sus derechos personalísimos; d) prestar orientación y dirección al hijo para el ejercicio y efectividad de sus derechos; e) respetar y facilitar el derecho del hijo a mantener relaciones personales con abuelos, otros parientes o personas con

bajo el marco convencional correspondiente, en este caso, la CDN [arts. 3º (36) y 27.2 (37)].

De lo expuesto se desprende que la habitación es un rubro que forma parte de la prestación alimentaria de los progenitores, que puede ser cumplida en especie y tiene su fundamento en el deber de cuidado de los hijos de acuerdo con la condición y la fortuna de los padres (38).

Es decir, la forma de concretar esta obligación, que recae sobre ambos progenitores, interfiere, en determinadas situaciones, con la compensación por la atribución de la VF al progenitor que reside con los hijos en común, destinatarios de la prestación alimentaria.

Estos derechos enfrentados, con los respectivos principios que los sustentan, deben ser resueltos por el magistrado al momento de resolver el caso en particular, dado que no hay una norma general que dirima esta situación.

En consecuencia, de acuerdo con los arts. 1º, 2º y 3º del Cód. Civ. y Com., el juez debe ponderar las normas en juego y, en definitiva, priorizar aquellas que hagan efectivos los principios que se imponen, de acuerdo con las características del caso.

las cuales tenga un vínculo afectivo; f) representarlo y administrar el patrimonio del hijo”.

(36) El art. 3º, CDN (ley 23.849) incorpora el principio del ISN (punto 1), que es regulado asimismo en el art. 3º, ley 26.061 e incorporado como uno de los principios que rigen la responsabilidad parental en el art. 639, inc. a), Cód. Civ. y Com.

(37) En el pto. 2º del art. 27 de la CDN (aprobada por ley 23.849) se establece: “A los padres u otras personas encargadas del niño les incumbe la responsabilidad primordial de proporcionar, dentro de sus posibilidades y medios económicos, las condiciones de vida que sean necesarias para el desarrollo del niño”.

(38) Se ha sostenido: “En el caso de autos, se trata de la ocupación del inmueble que fue la sede del hogar familiar, que luego del divorcio, es habitado por la progenitora y sus hijos (de entre 12 y 17 años, fs. 714 vta.). Esta circunstancia resulta determinante, puesto que no es simplemente un reclamo entre dos personas, sino que involucra a menores, a quienes debe garantizárseles el derecho de habitación (arts. 537, 646, 658, 659 y ccds., Cód. Civ. y Com.; causa de esta sala n° 39.597, sent. 30/05/2019, reg. 40/2019)” (C. 1ª Civ. y Com. San Isidro, 24/10/2019, “N. C. S. R. c. O. P. G. s/ liquidación de sociedad conyugal”, Errejus, IUSJU075611E).

Arianna advierte que “la vivienda puede formar parte de la prestación alimentaria, sea a favor de los hijos o del cónyuge a quien la atribuyó, supuestos en los que corresponderá desestimar la compensación” (39).

En este sentido, la jueza de primera instancia consideró que, dentro del sistema de principios que rigen los procesos de familia, debía prevalecer el de asistencia a los hijos, por lo que rechazó el pedido de compensación por uso de la VF pretendido por el actor contra su excónyuge.

III. Argumentos de la alzada

La sala K de la Cámara Nacional Civil de Apelaciones hizo lugar al recurso de apelación y ordenó al juez de grado establecer la compensación por uso en otro porcentaje, “solo por el uso de la excónyuge”.

En los argumentos del voto que funda la resolución de la alzada se tuvo en cuenta que:

- el actor consintió la atribución de hecho de la VF a su exesposa para que continúe residiendo con sus hijos;

- el reclamo encuadra en el art. 444 Cód. Civ. y Com.;

- la atribución de hecho de la VF a favor de la exesposa al momento del divorcio no le impedía reclamar la compensación por el uso debido al cambio de circunstancias y a que la renuncia de derechos no se presume;

- la atribución de la VF y la obligación de pagar alimentos, no es obstáculo para que el excónyuge que lo habita deba pagar un canon por la parte que ocupa de ese departamento, si se tiene en cuenta la residencia de los hijos en común.

Compartimos el argumento referido a la aplicación del art. 444 Cód. Civ. y Com., como también a la variabilidad de las circunstancias que pueden justificar el reclamo, con posterioridad al divorcio, época a la que se remonta el comienzo de la atribución.

Sin embargo, consideramos que para la alzada prevaleció la finalidad patrimonial del reclamo, propia del estado de indivisión, y dejó de lado particularidades de esta familia, que pro-

bablemente ponderó la jueza de grado, por su conocimiento directo de los conflictos planteados a partir del divorcio en sede judicial.

Al respecto, se hace hincapié en que la cuestión es un reclamo entre cónyuges y que la demandada no es acreedora de alimentos, por lo que debe responder por el uso de la vivienda, pese a ser la residencia de los hijos menores de edad, a los que ambos progenitores deben asistir, asegurándoles la vivienda.

Sostiene la alzada: “Aun cuando en las crisis familiares la ley asigna la vivienda en vista a las personas más vulnerables, como es en este caso a los hijos en común, ello no implica que el excónyuge que se retiró de esa sede no tenga un derecho a cobrar un canon por el uso de la parte que le pudiese corresponder que el otro excónyuge ejerce”.

Coincidimos con esta afirmación en abstracto, pero nos preguntamos si es justo para este caso en particular, de acuerdo con las características propias de esta familia, los aportes de los progenitores a los gastos, sus respectivos patrimonios y el nivel de vida de los hijos.

En definitiva, ¿cómo se separa la residencia de los hijos de la residencia de la madre en el mismo inmueble, si el cuidado de aquellos está vinculado en forma inescindible a la convivencia con esta última?

Para atribuir la VF, el juez debe considerar las pautas del art. 443, entre las que se incluyen: a) la persona a quien se atribuye el cuidado de los hijos; b) la persona que está en situación económica más desventajosa para proveerse de una vivienda por sus propios medios.

Por lo tanto, no puede desentenderse de estas mismas pautas para establecer la procedencia de la compensación por el uso, dado que, al tratarse de la VF, no corresponde resolver el reclamo bajo las pautas establecidas en los arts. 484 o 485.

De la lectura de los fundamentos de la sentencia de la sala K no surge un análisis de las circunstancias referidas a situaciones de hecho de esta familia en particular que justifique la resolución del caso.

Por el contrario, la línea de argumentación se refiere al derecho patrimonial del peticionante, frente al uso exclusivo del inmueble ganancial que fuera la VF por parte de la demandada. Así

(39) ARIANNA, C., ob. cit., p. 475.

lo demuestra el párrafo que dice: “La atribución del hogar conyugal, como la obligación de pagar alimentos, no obstaculiza a que, si se reclama, el excónyuge que habita ese lugar deba pagar un canon por la parte que se ocupa de ese departamento, si bien, para su fijación, deberá tenerse en cuenta también la ocupación que hacen de ese inmueble los hijos en común”.

Sin embargo, este reclamo no es un crédito por el uso de un inmueble durante el estado de indivisión, sino que persigue la finalidad de compensar por el uso al que no reside, dentro del marco normativo protectorio de la vivienda, que hoy ocupa el grupo familiar mayoritario.

En ese sentido, la alzada reconoce en parte situación, ya que ordena al juez que disponga una compensación en otro porcentaje, se supone que inferior al 50% reclamado, ya que se debería deducir el valor del uso del inmueble por parte de los hijos en común, cálculo difícil de realizar para un juez de familia.

Al finalizar la fundamentación, se dispone que “se fije en primera instancia el canon, solo por el uso de la excónyuge —por lo que habrá que considerar que ese bien también está ocupado por los hijos, los que no fueron demandados en estas actuaciones (...)— y por el 50% que le corresponde a la otra parte”.

Es incomprensible la frase “los que no fueron demandados en estas actuaciones”, que se refiere a los hijos, quienes no son parte de este reclamo, restringido a los excónyuges, ya sea por el art. 444 o por el 485 del código unificado.

Pero, además, se advierte que este diferimiento resulta contrario a los principios que rigen el proceso de familia (40), ya que no solo posterga la

resolución definitiva de la cuestión que involucra a esta familia, sino que fomenta la continuación de los litigios.

Aun si se comparte el fallo en su decisión final de admitir el reclamo, no se puede coincidir con el párrafo que sostiene: “La justipreciación del monto en la primera instancia permitirá la posible revisión en apelación de la suma estimada en caso de disconformidad de las partes”. Es decir, la resolución de la alzada da pie al incremento de la espiral en este conflicto familiar y por ende insta a mantener latente el litigio. Es decir, este diferimiento contradice la función pacificadora que, aun en instancias judiciales, deben desempeñar los magistrados.

Por otra parte, el proceso se abrió a prueba, por lo que brinda todos los elementos necesarios para establecer el porcentaje que debería pagar la demandada por ocupar el inmueble ganancial.

Consideramos que la determinación por parte de la alzada del monto que le corresponde pagar a la demandada no implica excederse de los términos de la apelación, dado que, ante el rechazo de la pretensión en primera instancia, el recurso se puede acoger en forma parcial, para darle una resolución definitiva en segunda instancia.

Sin embargo, se optó por una solución “que no soluciona” el problema que se pretende dirimir. Es probable que en primera instancia se fije un canon que no deje conformes a las partes, por lo que, en la próxima apelación, la misma sala deberá revisarlo para establecer el monto que debe ser pagado.

IV. Conclusiones

El fallo bajo análisis no permite arribar a conclusiones contundentes sobre su acierto, dada la falta de claridad en sus argumentos ya que, si bien encuadra la resolución en el art. 444 del Cód. Civ. y Com., resuelve con la mirada puesta en la relación patrimonial de los excónyuges, propia de la indivisión poscomunitaria.

Por otra parte, delegó la resolución al juez de grado para que fije el canon, previa deducción del porcentaje que corresponde al uso de los hijos, pese a tener todos los elementos para determinar el monto definitivo, lo que daría por finalizado al menos este litigio suscitado en esta familia que no resuelve sus conflictos.

(40) Art. 706: “Principios generales de los procesos de familia. El proceso en materia de familia debe respetar los principios de tutela judicial efectiva, intermediación, buena fe y lealtad procesal, oficiosidad, oralidad y acceso limitado al expediente.

”a) Las normas que rigen el procedimiento deben ser aplicadas de modo de facilitar el acceso a la justicia, especialmente tratándose de personas vulnerables, y la resolución pacífica de los conflictos.

”b) Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario.

”c) La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de esas personas”.

RESPONSABILIDAD PARENTAL

Determinación del centro de vida del hijo menor. Cambio de residencia inconsulto. Interés superior del niño. Principio de buena fe.

Con nota de Mercedes Iturburu y Rodolfo G. Jáuregui

1. — La decisión del traslado de la niña, adoptada unilateralmente por la progenitora conviviente, sin consultar ni consensuar con el otro, conculca los derechos y deberes de la responsabilidad parental. El interés superior de la menor se vio afectado por ese traslado —afectación evidenciada en la pérdida de contacto de sus amigos en La Plata y la ausencia de contacto actual con su padre y su familia paterna— y el centro de vida no se ha visto modificado a partir de la mudanza y por el solo transcurso del tiempo.
2. — Si bien la mudanza de los hijos dentro del país no se encuentra expresamente incluida dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores, la oposición formal de uno de ellos abre camino a una decisión judicial al respecto, la que deberá estar ajustada al interés superior del niño, niña o adolescente, protección especial contenida en los tratados internacionales vigentes en la materia.
3. — La determinación del “centro de vida” en cada caso particular puede resultar extremadamente complejo, toda vez que, más allá de los parámetros objetivos que el Código Civil y Comercial otorga, se conjuga el componente subjetivo en la formación de ese concepto jurídico abstracto. Este factor se traduce en lo que el niño, niña o adolescente efectivamente sienta como su centro de vida con base en experiencias propias, vínculos familiares, sociales, escolares, injerencias de tipo familiar, etc.
4. — El argumento sobre la cercanía de la vivienda con el lugar de trabajo es relativo, siempre que la progenitora se mudó aproximadamente a 20 kilómetros de donde presta servicios y con un tránsito vehicular intenso en ese trayecto, que se traduce en que esa cercanía en tiempo de traslado no sea lo significativa que ella alega.
5. — Se evidencia con claridad que la menor —de acuerdo con lo dictaminado por la asesora de menores e incapaces— ha adoptado paulatinamente un discurso adulto inadecuado a su interés superior, involucrándose en cuestiones respecto de las que la madre debería mantenerla expresamente al margen.
6. — Se encuentra probada la violación del principio de buena fe por parte de la progenitora ante el traslado unilateral de la niña y el posterior incumplimiento del régimen de comunicación por ella misma suscripto. No se evidencia ajustado a derecho ni respetuoso del interés superior de la niña convalidar el traslado efectuado de forma inconsulta, unilateral y mediando oposición del padre.
7. — El “centro de vida” de la menor no ha mutado por su mudanza a Olivos, toda vez que los vínculos que la actora denuncia que su hija construyó —escolares fundamentalmente— resultan incipientes en comparación con los generados en la ciudad de La Plata. Por otro lado, si bien parte de su familia vive en Olivos, es lo cierto que el resto de sus vínculos se encuentran en la ciudad de La Plata.
8. — No se trata de negar que toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y a radicarse en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral, pero lo cierto es que cuando el ejercicio de ese derecho involucra a los hijos menores de edad, debe prevalecer el interés de estos por sobre los propios.
9. — Los derechos y los intereses del niño se ven afectados por las decisiones de los adultos, por lo que se les requiere prudencia y mesura con relación a la adopción de conductas que puedan desatender la tutela de los derechos de la infancia. En el caso se advierte ello, en tanto se hace prevalecer la mayor cercanía al lugar de prestación de servicios laborales de la madre, a partir de la justificación de que así, mediante el cambio de residencia de su hija, aquella se encontraría más próxima a esta, frente al desplazamiento permanente de la menor para poder tener contacto personal con su padre, tíos y abuelos, y la de crecer con el afecto de ambos progenitores y sus familias (del voto del Dr. Hankovits).
10. — El tiempo acaecido desde la mudanza y la alegación del interés superior del menor no es elemento de fundamentación judicial válido, para justificar una decisión jurisdiccional que convalida una situación generada contraria a la ley y con desprecio por el acatamiento de pronunciamientos judiciales y acuerdos previos (del voto del Dr. Hankovits).

C2aCiv. y Com., La Plata, sala II, 23/09/2021. - S., M. c. M., J. G. s/ cuidado personal de hijos.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/160997/2021]

❶ COSTAS

Se imponen a la vencida.

Causa N° 130061

2ª Instancia. - La Plata, septiembre 23 de 2021.

1ª ¿Es justa la sentencia apelada de fecha 7 de junio de 2021? 2ª ¿Qué pronunciamiento corresponde dictar?

1ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

1. La sentencia de primera instancia resolvió otorgar a ambos padres —actora y demandado— el cuidado personal compartido de su hija E., disponiendo que se desarrolle bajo la modalidad alternada detallando que: en caso de que se suspendan las clases presenciales y prosigan de modo virtual, E. deberá permanecer una semana con cada progenitor. A tal fin, el progenitor deberá retirarla del domicilio de la progenitora el día domingo a las 14.00 horas con el fin de que permanezca la semana siguiente en la ciudad de La Plata, y la progenitora deberá retirarla del domicilio del progenitor el día domingo siguiente a las 14.00 horas, con el fin de que la niña regrese a Olivos. Para el caso de que las clases se desarrollen de manera presencial dispuso que E. deberá permanecer durante la semana en el domicilio de la progenitora y permanecerá tres fines de semana al mes con el progenitor, quedando a cargo de este los retiros y de la progenitora los reintegros respectivos. Detalla que, a tal fin, el progenitor deberá retirarla del domicilio de la progenitora los días viernes a las 17.00 horas y la progenitora deberá retirarla del domicilio del progenitor los días domingos a las 17.00 horas, excepto el tercer fin de semana por mes que corresponderá que la niña permanezca en el domicilio de su madre. Esto sin perjuicio del contacto paterno-filial que pudiera mantenerse de manera presencial o mediante medios telemáticos mientras la niña se encuentre en Olivos, en tanto las posibilidades y actividades de la menor así lo permitan (art. 650, 651, 656 Cód. Civ. y Com. de la Nación); impuso las costas a la señora S., M. (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial); reguló los honorarios, atento el mérito de la labor desarrollada, eficacia de la misma y las etapa cumplidas del siguiente modo: a la Dra. Magalí Herrera ... JUS por el cuidado personal —demanda, contestación de reconvencción y audiencia preliminar—, en ... JUS por el régimen de comunicación provisorio incoado en el Expediente N° LP-90169-2019 que fuera acordado en la audiencia de fecha 23/07/2020 en los autos N° LP-79299-2019, y en ... JUS por la presentación efectuada en los autos N° LP-90169-2019 en fecha 16 de junio de 2020, al Dr. Miguel González Andía ... JUS por el cuidado personal

—audiencia preliminar—, en ... JUS por el régimen de comunicación provisorio incoado en el Expte. N° LP-90169-2019 que fuera acordado en la audiencia de fecha 23/07/2020 en los autos N° LP-79299-2019, y en ... JUS por la presentación efectuada en los autos N° LP-90169-2019 en fecha 16 de junio de 2020, al Dr. Julio Cesar Arias Navarro ... JUS por el cuidado personal, ... JUS por el régimen de comunicación provisorio incoado en el Expte. N° LP-90169-2019 que fuera acordado en la audiencia de fecha 23/07/2020 en los autos N° LP-79299-2019, ... JUS por el incidente de incumplimiento al régimen de comunicación provisorio planteado en los autos N° LP-79299-2019, y ... JUS por el incidente de incumplimiento al régimen de comunicación provisorio planteado en los autos N° LP-90169-2019, a la Dra. María Bernarda Arias Navarro ... JUS por las presentaciones efectuadas en los autos N° LP-90169-2019, la de fecha 2 de enero de 2020 que diera lugar a la medida cautelar de fecha 7 de febrero de 2020 y la de fecha 28 de febrero de 2020, a la Dra. María Alejandra Massano, ... JUS por el incidente de incumplimiento al régimen de comunicación provisorio planteado en los autos N° LP-79299-2019 y ... JUS por el incidente de incumplimiento al régimen de comunicación provisorio planteado en los autos N° LP-90169-2019; dejó aclarado que ... *Jus* equivale a \$... según Ac. SCBA 4012/21, cantidades a las que se le adicionará el aporte de ley (resolutorio del 7 de junio de 2021).

2. Contra esta forma de decidir se alzan en apelación la actora (presentación electrónica del 14 de junio de 2021) y el demandado (presentación electrónica del 9 de junio de 2021) recursos que previamente concedidos (proveídos del 22 de junio aclarado el 28 de junio de 2021 y del 10 de junio de 2021 respectivamente) fueron fundados en tiempo y forma en esta instancia (presentaciones electrónicas del 6 de agosto y 4 de agosto de 2021); corrido el pertinente traslado (proveído del 6 de agosto de 2021), este fue contestado por ambas partes (la accionante el 17 de agosto y el accionado el 18 de agosto de 2021). Luego de corrida la vista a la Asesoría de Menores e Incapaces actuante (en fecha 23 de agosto de 2021) se llamó autos para sentencia (proveído del 20 de agosto de 2021).

3. Los agravios de la legitimada activa se centran en la imposición de costas fijadas en su contra.

Puntualiza que en el presente proceso se efectuaron peticiones por ambas partes en sentidos opuestos, resolviéndose en base al interés superior de su hija, sosteniendo que en virtud de ello se trata de un vencimiento parcial y mutuo.

Refiere que los incumplimientos alegados por el sentenciante lo fueron en órdenes de procesos conexos y que si se intenta distribuir de esa forma de-

bieran regularse en los trámites respectivos y no en estas actuaciones.

Aclara que en demás expedientes referenciados a la hora de regular los honorarios también tuvo razones para litigar y no hay vencedores ni vencidos que habiliten a la imposición en costas efectuada, detallando cada una de las causas y las razones de las presentaciones efectuadas en ellas.

A su turno, el accionado pone en crisis la sentencia de grado tildándola de injusta y desajustada al principio de congruencia. Denuncia que no se ciñe lo solicitado por las partes y dispone un régimen de contacto paterno filial a todas luces imposible de cumplir y nocivo su hija.

Alega que se aparta sin fundamento del dictamen de la Asesoría de Incapaces, haciendo futurología cuando —tomando solo en parte el informe de la Licenciada en Psicología— concluye que un nuevo traslado de E. a esta ciudad “agravaría” la relación paterno filial.

Agrega que el fallo recurrido desoye las conclusiones de la Licenciada De Marco en cuanto a que el “costo emocional” de E. en su mudanza a Olivos, consistió principalmente en “no ver al progenitor tan seguido como antes”, lo que demuestra lo irrazonable de la conclusión del *a quo* (Juez del anterior grado).

Acusa que la sentencia —en su opinión— incurrió en el vicio de absurdo, alegando que ni de ninguno de los informes psicológicos, ni de ninguna otra prueba y muchísimo menos del dictamen de la Señora Asesora de Menores, la que claramente determina que él debe detentar el cuidado personal de E., puede desprenderse la ilógica e irrazonable conclusión a la que arriba.

Además, la califica de violatoria del interés superior del niño y del principio de congruencia.

Agrega que el decisorio primero destaca reiteradamente las inconductas de la contraparte para luego avalar la mudanza de la menor a Olivos.

Reclama que el Juez no puede ni debe avalar conductas como la de la progenitora, que evidentemente entiende que tiene el poder de contradecir las decisiones judiciales por su propia voluntad y al hacerlo, no solo no recibe el correspondiente castigo jurisdiccional, sino que se lo avala desde el propio órgano Jurisdiccional.

Acusa de desoír el dictamen de la Asesoría de Menores y de avalar una conducta antijurídica en base a una hipotética situación que podría producirse en el futuro.

4. Emprendiendo la tarea revisora, encuentro que la cuestión en debate ante esta Alzada se centra en el ejercicio de la responsabilidad parental de las partes, respecto de su hija E., específicamente en la determinación de cuál es el centro de vida de la menor.

En este sentido, el demandado centra sus agravios en la procedencia del cambio del centro de vida efectivizado por la actora de forma inconulta respecto de la menor E. M., J. G. y su posterior invalidación judicial.

El Código Civil y Comercial de la Nación —en adelante denominado CCyC— pone en cabeza de ambos padres el ejercicio de la responsabilidad parental (art. 641 inc. “b”).

A partir de ello, si bien la mudanza de los hijos dentro del país no se encuentra expresamente incluida dentro de los actos que requieren el consentimiento de ambos progenitores (art. 645 CCyC), la oposición formal de uno de ellos abre camino a una decisión judicial al respecto, la que deberá estar ajustada al interés superior del Niño, Niña o Adolescente, protección especial contenida en los Tratados Internacionales vigentes en la materia de los que se ha hecho eco CCyC en sus arts. 113 inc. “c”, 639 inc. “a” y 706 inc. “c”.

De este modo, en los casos como el presente en el que se encuentran en discusión cuestiones atinentes a una persona menor de edad, el análisis debe partir necesariamente del concepto de superior interés del niño, definido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en la ley” (art. 3, ley 26.061 sobre Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes).

Entre las previsiones que la legislación establece como protección a ese interés supremo se cuenta la necesidad de respetar —entre otras cuestiones— el “centro de vida” del menor (art. inc. “f” de la misma ley), entendiéndose por este “el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

El Decreto reglamentario de la mencionada ley 26.061 (N° 415/2006) agrega que el concepto “centro de vida” debe interpretarse de manera armónica con la definición de “residencia habitual” de la niña, niño o adolescente contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución internacional de personas menores de edad, mientras que el CCyC hace referencia a ese concepto al tratar las reglas de competencia en este tipo de procesos (art. 716 CCyC).

Ahora bien, la determinación del “centro de vida” en cada caso particular puede resultar extremadamente complejo toda vez que más allá de los paráme-

tros objetivos que la norma otorga (fundamentalmente el factor temporal y legalidad) se conjuga el componente subjetivo en la formación de ese concepto jurídico abstracto. Este factor se traduce en lo que el niño, niña o adolescente efectivamente sienta como su centro de vida en base a experiencias propias, vínculos familiares, sociales, escolares, inferencias de tipo familiar, etc.

Ello se traduce en que la definición y disposición jurídica fijadas por Convenciones Internacionales con jerarquía constitucional, el CCyC, la Ley 26.061, su Decreto Reglamentario y la normativa aplicable a la materia deberán conjugarse necesariamente por la realidad fáctica, alejándonos de presunciones y ficciones jurídicas que puedan afectar el interés superior tutelado.

“Se ha concebido al interés superior del niño como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona y los bienes de un menor dado y entre ellos el que más conviene en una circunstancia histórica determinada, analizado en concreto... Máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, lo que hoy resulta conveniente mañana puede ya no serlo y a la inversa, lo que hoy aparece como inoportuno puede en el futuro transformarse en algo pertinente” (SCBA Ac. 78.099 sent. del 28/03/2001, C. 121.612 sent. del 03/07/2019).

Como consecuencia de ello concluyo que no necesariamente el lugar donde más tiempo vivió la menor se deba considerar automáticamente el centro de vida o que la ilegitimidad de la mudanza —cuestión que abordaré más adelante— resulten *per se* (por sí mismas) contrarias a su interés superior.

Aun así, considero que ambos componentes del concepto “centro de vida” (el objetivo y el subjetivo) conjugados con el interés superior del niño, deben ser analizados en forma conjunta sin prescindir de ninguno de ellos.

El paso del tiempo o la inmediatez con que se plantea la oposición a la mudanza, la legitimidad en el traslado, la adaptación del Niño, Niña o Adolescente y su opinión actual son elementos que estarán presente en la solución al caso.

En el particular, no se encuentra discutido que desde su nacimiento el 29 de septiembre de 2014 (v. acta de nacimiento en adjunto de presentación electrónica del 02/01/2020 causa 130143) y hasta que se produjo la mudanza a la localidad de Olivos en el mes de febrero de 2020 (v. punto III de demanda, fecha de presentación 11/02/2020) la niña E. vivió en la Ciudad de La Plata, concurriendo allí al Jardín (presentación

electrónica del 02/01/2020) y estuvo en contacto con sus afectos. De allí concluyo que —a febrero de 2020— el centro de vida de E. era la Ciudad de La Plata.

Tampoco se ha puesto en crisis que existió un traslado de la menor de la Ciudad de La Plata a Olivos, la oposición oportuna del padre —demandado en estas actuaciones— respecto del traslado (v. presentación electrónica del 2 de enero de 2020 en causa 127866), ni el incumplimiento de la madre respecto de las mandas judiciales efectuadas en pos de no modificar el lugar de residencia de la menor (v. resoluciones del 7 de febrero de 2020, 3 de marzo de 2020 en causa 130143, del 01/12/2020 de esta Excma. Cámara en Expte. 127866).

Por ello, se torna necesario determinar ahora si la mudanza y su extensión en el tiempo han sido de la entidad suficiente como para modificar el centro de vida de la niña.

E. vivió hasta pasados sus 5 años en La Plata con todo el desarrollo personal que, naturalmente, eso conlleva. En esa época en esta Ciudad tenía a su mamá y su papá, su familia paterna, escuela y amigos del Jardín. Estos extremos resultan indiscutidos y surgen de la demanda y contestación de las partes en cada uno de los procesos en trámite.

Luego, por decisión de su madre —inconsulta primero e ilegal luego— modificó el lugar de residencia, trasladándolo a la localidad Olivos (Partido de Vicente López, Provincia de Buenos Aires). En una posición obstruccionista persistente, S., M. se mudó con su hija desoyendo la totalidad de las medidas judiciales dictadas en contrario que ya han sido referenciadas.

Además, posteriormente incumplió con el régimen de comunicación provisorio por ella misma acordado y suscripto en audiencia celebrada en el marco de la causa 130.157 (denuncia del 14/04/2021 y contestación del 27/04/2021, intimación del 06/05/2021, denuncias de incumplimiento del 07/06/2021 y 30/06/2021 y contestación del 14/07/2021).

Ahora bien, ¿Esta situación de hecho —mantenida por más de un año— configura un cambio efectivo en el centro de vida de E. que respete su interés superior?

Veamos:

a) Surge de estas actuaciones que la señora S., M. justifica el traslado a Olivos en función de su trabajo en la Honorable Cámara de Diputados de la Nación, reconociendo expresamente que trabaja en el mismo lugar desde 10 años antes de la mudanza inconsulta y que solo cambió su modo de contratación pasando

a planta permanente (v. presentación de inicio del 11/02/2020).

Justifica en su presentación que el cambio es “para poder cumplimentar las nuevas exigencias laborales y además darle una mejor calidad de vida a nuestra hija. Ello implicaría que ante cualquier inconveniente pueda acudir más rápido” (v. presentación referenciada).

En aplicación de las máximas de la experiencia y reglas de la lógica —principios extraídos de la observación del corriente comportamiento humano, natural y científicos verificables— concluyo que este argumento (sobre la cercanía de la vivienda con el lugar de trabajo) es relativo siempre que se mudó a la localidad de Olivos, distante aproximadamente a 20 kilómetros del centro de CABA y con un tránsito vehicular intenso en ese trayecto que se traduce en que la cercanía en tiempo no sea lo significativa que S., M. alega.

De las aplicaciones tecnológicas en la materia de tránsito (por ejemplo Google Maps) que pueden consultarse desde cualquier computadora con acceso a internet o dispositivo móvil se traduce que un viaje del barrio de Congreso en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires —CABA— a Olivos en el Partido de Vicente López implica un plazo de entre 50 minutos y una hora dependiendo el horario en que se realice (hora pico o no pico) y las vicisitudes del tránsito, mientras que bajo los mismos parámetros entre Congreso y La Plata hay una distancia sensiblemente mayor (cerca de 60 km.) y el tiempo que insume recorrer el trayecto es de entre 1 hora y una hora y media.

Véase que en este punto la diferencia de tiempo entre el trabajo y su casa, no varió de modo significativo antes y después de la mudanza a Olivos, por lo que el argumento de la cercanía no resulta concluyente ni justificación suficiente del cambio efectuado (art. 484 CPCC).

b) Refiere la actora que tanto su círculo afectivo como el de E. “se encuentran en CABA”. Agrega que allí viven la tía de E. y su madrina, denunciando que sus padres se estarían mudando pronto (v. presentación de inicio de fecha antes referida).

De sus propias manifestaciones se desprende claramente que el círculo afectivo al que hace referencia es el de la madre y solo parcialmente el de su hija de quien se debe tutelar su superior interés. Nótese que la totalidad de la familia paterna de E. —los abuelos, su tía y su padrino— se encuentran en La Plata por lo que concluir que el centro de vida de la menor se fija en CABA por la presencia de su círculo cercano tampoco un argumento suficiente, dado que es solo par-

cialmente cierto. Ello siempre que la niña tiene parte de su círculo íntimo en Olivos (rama materna) y otra parte en La Plata (familia paterna).

c) Sobre la escolaridad y la adaptación de E. a su nuevo colegio no resulta ocioso destacar que producto de la pandemia de público y notorio conocimiento, las clases presenciales han sido limitadas durante el año 2020 y parte del 2021 en la Provincia de Buenos Aires, reduciéndose el desarrollo del ciclo lectivo a encuentros virtuales (vía plataforma zoom, aula virtual o similar). La vuelta parcial de las clases se produjo interrumpidamente a inicio del presente ciclo lectivo, mientras que la vuelta a la presencialidad plena es reciente.

Misma situación cabe a las actividades sociales, recreativas, deportivas, etc. las que se desarrollaron de manera restringida y condicionada por el desarrollo del ASPO (aislamiento social preventivo y obligatorio) y DISPO (distanciamiento social preventivo y obligatorio) imperantes en nuestro país durante gran parte del año pasado y el presente.

Sobre este punto, la Licenciada De Marco da cuenta —en oportunidad de entrevistarse con la niña el 25/03/2021— que E. concurre a primer grado y que le “encanta” la escuela, “si mi papá no acepta que yo quiero ir al colegio de Obras me quedo unos días acá. No me siento cómoda que vaya allá y que me lleve a otro colegio”.

Agrega que la menor le manifestó que “a veces me dan ganas de volver, pero no muchas porque estoy cómoda. Necesito que mi papá entienda que lo que quiero hacer es seguir acá, en Obras, y que mi mamá me va a llevar las veces que sean necesarias”.

d) Sobre el régimen de comunicación y el vínculo paterno filial, surge claramente que el mismo se ha visto lesionado, conforme las denuncias de incumplimiento efectuadas por M. y la justificación de S., M., la que se traduce en un límite unilateral y por tanto nocivo del vínculo de E. con el padre y su familia paterna.

Pues bien, a partir de estos puntos desarrollados es que corresponde analizar la prueba rendida en este proceso.

En este sentido, la Lic. De Marco en su informe manifiesta en sus consideraciones que “Se desprende del relato de la niña, en la historización de los acontecimientos, el costo emocional advenido tras la mudanza manifestando haberle “costado”, no verlo a su progenitor “tan seguido como antes”. Al momento actual, relata con entusiasmo encontrarse “cómoda y bien”, y hace especial énfasis en que desea continuar en la

escuela donde se encuentra escolarizada en la actualidad y la necesidad de que su progenitor acuerde con esto último; se advierte cierta preocupación en la niña, al momento de la entrevista, de viajar a la ciudad de La Plata, y que su papá “la lleve a otro colegio” manifestando que no se sentiría cómoda; esto último, se podría considerar, que arrojaría como consecuencia cierto distanciamiento con su progenitor, al momento actual; en palabras de la niña E.: “extraño, pero hasta que no se me pase no quiero ir”, “si mi papá no acepta que yo quiero ir al colegio de Obras me quedo unos días acá”. Concluye que “ambos hogares parentales ofrecerían un contexto afectuoso y de cuidado para la niña E.” (Dictamen del 25 de marzo de 2021).

Aquí no resulta ocioso recordar que nuestra jurisprudencia ha dicho en reiteradas oportunidades que al apreciar los dictámenes los jueces ejercen facultades propias, no teniendo las conclusiones de los expertos eficacia vinculante (SCBA, Ac. 38.915, sent. del 26/04/1988, LA LEY, 1988-D-100, “Acuerdos y sentencias” 1988-I-720, DJBA 1988-134, 345; SCBA, Ac 49.735, sent. del 26/10/1993; Ac 56.166, sent. del 05/07/1996; Ac. 61.475, sent. del 03/03/1998). Aun así, las reglas de la sana crítica indican que para apartarse de un dictamen pericial suficientemente fundado es necesario oponer argumentos científicos que pongan en duda su eficacia probatoria. Las meras opiniones en contrario, sin esgrimir razones científicas fundadas, son insuficientes para provocar el apartamiento de las conclusiones vertidas por quien es experto en un área de la ciencia o técnica (art. 474 del CPCC; esta Sala, causas 109.550, sent. del 22/07/2008; 115.511, sent. del 26/03/2013, e.o.).

Es en este ejercicio que, encuentro que el dictamen referido cuenta con un completo desarrollo de la problemática, refiriendo que la niña le manifestó “si mi papá no acepta que yo quiero ir al colegio de Obras me quedo unos días acá. No me siento cómoda que vaya allá y que me lleve a otro colegio” y que “a veces me dan ganas de volver, pero no muchas porque estoy cómoda. Necesito que mi papá entienda que lo que quiero hacer es seguir acá, en Obras, y que mi mamá me va a llevar las veces que sean necesarias” (v. dictamen del 25 de marzo de 2021). Aun así, se evidencia con claridad que la menor —de acuerdo con lo dictaminado por la señora Asesora de Menores e Incapaces— ha adoptado paulatinamente un discurso adulto inadecuado a su interés superior involucrándose con cuestiones respecto de las que la madre debería mantenerla expresamente al margen (v. Dictamen de fecha 19/04/2021, arts. 384, 474 CPCC).

Desde otra perspectiva, encuentro que tampoco resulta inocua la ilegalidad en el traslado de la menor a la localidad de Olivos y su ilegal permanencia, traducido en el incumplimiento persistente por parte de la

madre de mantener el *statu quo* establecido a principios del año 2020.

Todo ello, se traduce en una abierta violación del principio de buena fe que debe ser rector en este tipo de causas y que emana del art. 706 CCyC estableciendo que el proceso de familia debe transitar respetando ciertos principios entre los que se destacan el de la buena fe.

Este principio juntamente con el de lealtad procesal es un concepto abierto que puede definirse como el deber de los sujetos procesales (las partes, el juez, personal judicial, auxiliares de justicia) de adaptar su comportamiento durante el proceso a un conjunto de reglas, criterios de conducta, de carácter ético, social y deontológico. La defensa de una parte no puede basarse en perjudicar el derecho a defensa de la otra o en la inducción a error del órgano jurisdiccional, impidiendo o dificultando que pueda ofrecer una efectiva tutela de los intereses en conflicto. La libertad de la conducta de las partes no puede extenderse al extremo de lesionar la buena fe y la ética procesal, dado que si bien el proceso es un conflicto en que cada profesional defiende con todas las herramientas sustanciales y procesales los intereses de su parte, y lo contrario puede considerarse mala praxis, este ha de ser leal. El principio de buena fe se aplica especialmente en la materia en relación con los acuerdos celebrados por las partes, ya sea extra procesalmente o durante el proceso, que no solo deben ser respetados por las partes que los celebraron, sino que deben ser tomados como antecedente relevante para decidir las cuestiones sometidas al juez (Conf. comentario art. 706 en *Código Civil y Comercial comentado*, autores Rivera - Medina).

De ello se colige que la inconducta procesal es un acto violatorio de ese principio (conf. comentario art. 706 en *Código Civil y Comercial comentado*, Jorge Alterini).

De allí es que encuentro probado en este proceso la violación del principio de buena fe por parte del S., M. ante el traslado unilateral de la niña y el posterior incumplimiento del régimen de comunicación por ella misma suscripto que ya he referenciado (arts. 384, 474 CPCC).

En definitiva, no evidencio ni ajustado a derecho ni respetuoso del interés superior de E. convalidar el traslado efectuado de forma inconsulta, unilateral y mediando oposición del padre, además de que en ese caso se estarían avalando conductas contrarias al ordenamiento jurídico (art. 706 CCyC).

En una interpretación dirigida a las reglas de la competencia pero que sirven de ilustración a lo que

se desarrolla en este voto, la Justicia Nacional Civil tiene dicho que “En forma alguna podemos considerar que estamos ante una residencia habitual cuando —como en la especie— una madre, deliberada y dolosamente, mediante las vías de hecho, procede a trasladar a su hijo a otra jurisdicción, de manera inconsulta, unilateral y sorpresiva; sin contar —como sucede en este caso— con el asentimiento expreso o tácito del otro padre. En consecuencia, claro está que esos traslados realizados de mala fe para eludir la jurisdicción a la que está sometido un sujeto —en este caso, la madre— no han de producir efectos para la atribución de competencia alguna respecto del hijo que fue trasladado irregularmente, más allá de que se pretenda exhibir un certificado de residencia y se glosen —temerariamente— constancias de inscripción en un establecimiento escolar del nuevo lugar. Ello debe ser así, para que el derecho y los órganos judiciales no terminen estando al servicio de la mala fe y de las conductas irregulares de uno de los progenitores, en perjuicio de los niños, quienes se ven privados de la noche a la mañana del contacto habitual que tenía con uno de sus padres. El ‘todo vale’ y el ‘hago lo que quiero’, arrasando con las garantías que asisten a los niños, no pueden ni deben ser tolerados por ningún tribunal de justicia” (Conf. CNCiv., Sala B, causa 87.625/2013, sent. del 16/06/2014).

A más de ello, en este tipo de procesos debe estarse a la opinión de los auxiliares y equipos técnicos.

En este caso, además de antes lo explicitado, la Lic. De Marco da cuenta que “se podría deslindar que ambos hogares parentales ofrecerían un contexto afectuoso y de cuidado para la niña E.”, que en la actualidad la niña se siente “cómoda y bien” y que “hace especial énfasis en que desea continuar en la escuela donde se encuentra escolarizada en la actualidad y la necesidad de que su progenitor acuerde con esto último” (v. dictamen del 25 de marzo de 2021), mientras que la Asesora de Menores e incapaces dictamina que “se advierte que la Sra. S., M. obró de manera unilateral al trasladar su domicilio a otra ciudad violando los principios de buena fe establecidos por el Código Civil y Comercial en cuestiones relativas al ejercicio de la responsabilidad parental. De tal modo se advierte que E. se vio sujeta a una decisión materna sin participación de su padre y con su expresa oposición, provocándole la pérdida transitoria del centro de vida, de sus afectos más cercanos, su padre en primer término, aunque también el resto de elementos que conforman el centro de vida de un niño tales como la familia extensa, los amigos, la escuela, etc. evidenciándose los efectos de dicho proceder en el acta labrada por ante VS y con participación de esta Asesoría en octubre de 2020 y en la evaluación psicológica de marzo del año en curso en el que la niña va adoptando paulatinamente un discurso adulto inadecuado a su interés

superior involucrándose con cuestiones respecto de las que la madre debería mantenerla expresamente al margen. Debería garantizarse el principio de buena fe evitando consolidar situaciones de hecho derivadas de decisiones unilaterales. Por ello y de conformidad con lo normado por el Cap. 4 del Título VII del Cód. Civ. y Comercial, y en especial lo regulado en los arts. 651 y 653, sugiero a V.S. se otorgue el cuidado personal compartido e indistinto a ambos progenitores con residencia principal en la ciudad de La Plata en el domicilio paterno, quien no podrá modificarlo sin previo acuerdo de partes o decisión judicial que lo autorice” (v. presentación del 19/04/2021).

Insisto, este decisorio tiene la difícil labor de proteger y asegurar el interés superior de E. ante un escenario en el que sus padres no han logrado dejar de lado sus diferencias y problemas vinculares en favor del desarrollo psicofísico de su hija.

En este trabajo concluyo de acuerdo a los dictámenes técnicos analizados conjuntamente y las probanzas producidas:

Que el “centro de vida” de E. en el caso en estudio con arreglo de lo dispuesto por ley 26.031 (y su Decreto reglamentario) y el cuadro fáctico descripto no ha mutado por su mudanza a Olivos, toda vez que los vínculos que la actora denuncia que su hija construyó (escolares fundamentalmente) resultan incipientes en comparación con los generados en la Ciudad de La Plata. Por otro lado, si bien parte de su familia vive en Olivos, es lo cierto que el resto de sus vínculos se encuentran en la Ciudad de La Plata.

El traslado inconsulto y la negativa persistente por parte de la madre en la restitución no se traducen en modo alguno en un respeto al interés superior de E. Prueba de ello es la manifestación que hace S., M. en su demanda cuando manifiesta que el cambio es “para poder cumplimentar las nuevas exigencias laborales y *además* darle una mejor calidad de vida a nuestra hija” (v. presentación del 11/02/2020).

De allí surge con meridiana claridad que no actuó principalmente en favor de su niña, sino movida por legítimas aspiraciones de una estabilización laboral. Recién luego de ese interés (no encuentro casual la utilización del término “*además*”), consideró que puede ser beneficioso para E.

No se trata de negar que toda persona tiene derecho a buscar lo mejor para sí y a radicarse en aquel lugar que considere más adecuado para su desarrollo integral, pero lo cierto es que cuando el ejercicio de ese derecho involucra a los hijos menores de edad, debe prevalecer el interés de estos por sobre los propios;

La obstrucción en el régimen de comunicación con el padre, el que fue acordado de forma provisoria en las actuaciones por alimentos, fue persistentemente incumplido por parte de la madre (como ya se ha detallado antes).

Más allá de las justificaciones y excusas alegadas por la Sra. S., M. en las contestaciones a las intimaciones legalmente efectuadas, es evidente que —según las constancias de autos— la relación paterno filial se ha visto sensiblemente agravada desde la mudanza de la menor a Olivos.

Esta lesión no puede de modo alguno vincularse o traducirse en el interés superior de E., sino que, muy por el contrario, los obstáculos en el vínculo paterno filial evidenciados no son solo en contra de M., J. G. como padre y sus vínculos con la familia paterna, sino que afectan de modo directo e irreparable a la menor en su desarrollo.

- Reitero que del análisis en conjunto de la entrevista y dictamen de la Lic. De Marco con E. y de los dictámenes de la Asesoría de menores actuantes (v. dictámenes antes referenciados), concluyo que algunas de las expresiones de la niña ante la psicóloga no son acordes a su edad y por tanto existe la firme presunción que sean manifestaciones direccionadas por su madre (arts. 384, 474 CPCC).

5. Es por todo lo expuesto que concluyo —previa escucha a E. en audiencia del 21 de septiembre de 2021— que la decisión del traslado de la niña, adoptada unilateralmente por la progenitora conviviente sin consultar ni consensuar con el otro, conculca los derechos y deberes que la responsabilidad parental (arts. 638, 639, 641, 642, 646, CCyC), que el interés superior de E. se vio afectado por ese traslado —afectación evidenciada en la pérdida de contacto de sus amigos en La Plata y la ausencia de contacto actual con su padre y su familia paterna— y que el centro de vida no se ha visto modificado a partir de la mudanza y por el solo transcurso del tiempo (arts. 384, 474 CPCC).

Por ello, propongo que se revoque la sentencia apelada haciendo lugar a las defensas opuestas por el señor M., J. G., fijándose en consecuencia el cuidado personal compartido e indistinto a ambos progenitores con residencia principal en el Partido de La Plata que no podrá ser modificado sin previo acuerdo de partes o decisión judicial que lo autorice (arts. 384, 474 CPCC; 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCyC; 3 de ley 26.061 y Decreto Reglamentario). De ese modo E. deberá volver a residir en este Partido junto a su madre o mudarse con su padre en caso de negativa de regresar la progenitora.

Planteo se fije un régimen de comunicación provisorio en favor del progenitor no conviviente consistente en un fin de semana por medio con cada padre de modo alternado, desde los viernes a las 16 horas hasta los domingos a las 20 horas.

Se deja establecido que durante la semana, a disponibilidad del progenitor no conviviente y de E., la niña pasará dos días la tarde con el progenitor no conviviente, de 16 a 20 horas. Se ordena que el otro padre colaborará activamente para que el régimen establecido se pueda llevar a cabo.

Atento las particularidades del caso, el plazo de cumplimiento de esta sentencia se establece en el plazo de 60 días de que adquiera firmeza en los cuales se deberá efectivizar la mudanza, y el señor M. deberá gestionar el alta y la vacante en la Institución Escolar a la que la niña concurría antes del traslado.

Asimismo, se establece que ante el incumplimiento de la madre de lo aquí decidido se aplicará una multa pecuniaria de 2 (dos) *jus* por día de retraso o incumplimiento, sumas que —en caso de producirse el incumplimiento— deberán ser asignadas a una institución de bien público que trabaje en problemáticas referida a los niños, niñas y adolescentes, la que se escogerá por el juez de grado en la instancia de origen.

6. Respecto de los agravios tocantes con la imposición de costas cabe confirmarlo toda vez que la actora reviste la calidad de vencida en la totalidad de los procesos en los cuales se regularon (art. 68 CPCC).

7. Por todo lo expuesto, debe revocarse la decisión atacada, en clara protección del superior interés E. (arts. 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCyC), fijándose un régimen de comunicación en los términos propuestos en el apartado 5 del presente; insto a que el plazo de cumplimiento de esta manda sea de 60 días a partir que quede firme atendiendo a las particularidades de la causa; propongo que en caso de incumplimiento por parte de la madre a la orden judicial se establezca una multa diaria de 2 (dos) *jus* y que tal caso las sumas resultantes de su aplicación sean designadas en favor de una institución de bien público en los términos expuestos en el apartado 5 del presente; propongo confirmar la condena en costas decidida en la instancia de origen y que las correspondientes a la alzada sean soportadas por la actora en su calidad de vencida (art. 68 Cód. Proc. Civ. y Comercial).

Voto por la negativa.

El doctor *Hankovits* dijo:

Adhiero al voto del doctor *Banegas*.

Igualmente he de agregar las siguientes consideraciones a mayor abundamiento a las razones brindadas por el distinguido colega en voto.

El interés superior del niño “proporciona un parámetro objetivo que permite resolver los problemas de los niños en el sentido de que la decisión se define por lo que resulta de mayor beneficio para ellos” (CSJN, “S., C. s/ adopción”, Fallos: 328: 2881 y 2893). “Así lo expresa, de manera terminante, la Convención sobre los Derechos del Niño, que cuenta con jerarquía constitucional (Constitución Nacional, art. 75.22): “[e]n todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones públicas o privadas del bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño” (art. 3.1), orientación que ya contaba con los antecedentes de la Declaración de los Derechos del Niño (aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20/11/1959, principio 2). Tal como lo ha puntualizado el intérprete autorizado en el plano universal de dicha Convención, el Comité de los Derechos del Niño, es asunto de que los Estados Partes tomen todas las medidas necesarias ‘para garantizar la debida integración del principio general del interés superior del niño en todas las disposiciones legales así como en las decisiones judiciales y administrativas y en los proyectos, programas y servicios relacionados con los niños’ (Observaciones finales al informe inicial de Suriname, 02/06/2000, CRC/C/15/Add.130, párr. 28, *italica agregada*, entre otros)” (CSJN, fallo antes citado).

De ello se puede advertir que el interés superior de niño desempeña un papel integrador de las normas legales y sirve de recurso hermenéutico para moldear la aplicación de las mismas (aspecto general y abstracto) a las particularidades que presentan los casos que las y los jueces debemos resolver mediante el dictado de las sentencias respectivas (normas individuales y concretas). Mas nunca para abrogar el régimen jurídico imperante, o en base al mismo soslayar la aplicación de la ley sancionada por los representantes directos de la sociedad en el asunto a decidir. En otras palabras, el interés superior del niño sirve para completar lagunas legales, adaptar la solución legal de un caso a sus singularidades y evitar que la aplicación mecánica de la ley, sin meritir las consecuencias de ello, provoque un resultado disvalioso para los niños y niñas; pero nunca para la no aplicación de los preceptos jurídicos que resultan pertinentes a la situación en juzgamiento. Es por ello que la tarea de argumentación de las decisiones en sede judicial requiere de una faena más compleja que la mera enunciación de un principio (aún con jerarquía constitucional) para justificar las mismas. Esto es, la sola invocación del

principio de interés superior no habilita por sí mismo lo que la ley expresamente no admite.

De lo contrario no hay integración alguna ni diálogo de fuentes (art. 2 del CCyC). Y mucho menos para consolidar la fuerza de los hechos impuesta unilateralmente por uno de los progenitores frente al otro. De allí la trascendencia de la función jurisdiccional en el establecimiento de la vigencia de la ley (en sentido amplio) “de modo coherente con todo el ordenamiento (art. 2 del digesto citado) “mediante una decisión razonablemente fundada” (art. 3 del mismo régimen jurídico sustancial) y debidamente motivada.

Asimismo, cabe referir que el art. 3 de la ley 26.061 señala que debe respetarse el “centro de vida” del niño/a, esto es, el lugar donde hubiese transcurrido en condiciones *legítimas* la mayor parte de su existencia (inc. f; el remarcado es propio). Por ello, el desplazamiento unilateral del niño, niña o adolescente sin consentimiento del otro progenitor o en su caso sin autorización judicial no vuelve por ello a su nueva residencia “su centro de vida” (art. 3, ley 26.061 inc. f) dado que ha sido realizado al margen de la ley.

Los derechos y los intereses del niño/a se ven afectados por las decisiones de los adultos por lo que se les requiere prudencia y mesura en relación a la adopción de conductas que puedan desatender la tutela de los derechos de la infancia. En el caso, se advierte ello así en tanto se hace prevalecer la mayor cercanía al lugar de prestación de servicios laborales de la madre a partir de la justificación que de ese modo, mediante el cambio de residencia de su hija, aquella se encontraría más próxima a esta frente el desplazamiento permanente de E. para poder tener contacto personal con su padre, tíos y abuelos y la de crecer con el afecto (no virtual) de ambos progenitores y sus familias (art. 9 del Convención sobre los derechos del niño). Ello así, máxime que la familia es responsable de asegurar a las niñas, niños y adolescentes el disfrute pleno y el efectivo ejercicio de sus derechos y garantías (art. 7, Ley 26.061).

La regla del artículo 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño que ordena sobreponer el interés del niño a cualesquiera otras consideraciones, tiene al menos en el plano de la función judicial donde se dirimen controversias, el efecto de separar conceptualmente aquel interés del niño como sujeto de derecho de los intereses de otros sujetos individuales o colectivos. Igualmente, en la medida que todo cambio implica un “trauma” para el niño/a (desde que al modificar radicalmente su inserción en un determinado grupo familiar/escolar altera su modo de vida y puede causarle daño) debe demostrarse que no llevarlo a cabo le causaría un perjuicio mayor o más grave, cir-

cunstancia esta que no fue evidenciada en la especie para justificar el cambio de residencia de E.

Asimismo, no puedo dejar de meritarse en estas actuaciones la actitud asumida por la Sra. S., M. respecto a la falta de acatamiento de las órdenes judiciales firmes emanadas tanto de primera instancia como de este Tribunal. En ese orden, coetáneamente con su mudanza ya al menos existía un pronunciamiento judicial que impedía la misma y luego de producida ella, resolución que disponía su regreso a esta localidad, lo que obviamente no ha sucedido. El respeto por la legalidad y estar conforme a derecho es una pauta básica para una convivencia pacífica. Mal puede la misma imponer su propia valoración subjetiva (al ser parte interesada en estos obrados) del interés superior de E. por sobre la consideración de terceros imparciales (judicatura) llamados a resolver la disputa. Y a ello se añade que el propio régimen de comunicación por ella acordado en sede judicial es igualmente incumplido por la misma. La conducta de las partes (colaboración, buena fe) en el proceso también se constituye en un factor de ponderación al momento de dictar la decisión de mérito. Y la asistencia letrada que asistan a las mismas, como colaboradores del servicio de Justicia (art. 59 inc. 1, Ley 5177) en un ejercicio responsable de la profesión deben contribuir eficazmente a que sus representados cumplan con las resoluciones firmes adoptadas en el juicio evitando el abuso del derecho de defensa dado que la esencia de su deber profesional, cabe recordarlo “es un servidor de la justicia y un colaborador de su administración” y que “la conducta del abogado debe estar garantizada por la veracidad y la buena fe” (arts. 1 y 6 de las normas de ética del abogado).

Se advierte de la entrevista que realiza el juez de la instancia anterior con la niña que, un año después del cambio de domicilio su madre logra imponer el estado de cosas decidido de forma unilateral por ella a pesar del padecimiento inicial de su hija (ver sent. hoja 6). Y no solo eso, sino lo que es más grave, que por el tiempo transcurrido fincado en un actuar contrario a órdenes judiciales adversas a su propio interés personal y del incumplimiento de su propio compromiso asumido en la audiencia preliminar en relación con el régimen de comunicación de E. con su padre, lo impone también como factor de resolución en la instancia de origen (Sent. hoja 11). ¿Qué credibilidad puede detentar el Poder judicial frente a la comunidad que no puede hacer cumplir en término sus propias decisiones y que termina luego convalidando los hechos impuestos (contrarias a ellas) por la propia demora en sus trámites, o la consolidación de situaciones irregulares por el transcurso del tiempo a pesar del oportuno reclamo jurisdiccional? Lo que inicialmente fue ilegal (art. 642 del CCyC) el tiempo no lo puede convertir en lícito; máxime cuando existían pronun-

ciamientos judiciales expresos y oportunos entre las partes que así lo declaraban.

Las decisiones en los procesos judiciales deben contribuir *efectivamente* a poner fin a una situación violatoria de derechos y a asegurar la no repetición de los actos lesivos y a garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, sentencia del 27 de abril de 2012, párr. 108).

El tiempo acaecido y la alegación (en base a ello) del interés superior del menor no es elemento de fundamentación judicial válido para justificar una decisión jurisdiccional que convalida una situación generada contraria a la ley (conf. Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, cit., párrs. 101 a 106) y con desprecio por el acatamiento de pronunciamientos judiciales y acuerdos previos.

Por el contrario, la Corte Interamericana es clara y contundente al señalar que la observancia de las disposiciones legales y la diligencia en los procedimientos judiciales son elementos fundamentales para proteger el interés superior del niño (Caso “Fornerón e hija c. Argentina”, cit., párr. 105).

Asimismo, se exige en el acto resolutivo respectivo que actúa dicho principio cardinal, racionalidad, seguridad jurídica, aceptabilidad, razonabilidad y coherencia como una totalidad abarcadora y necesaria para la existencia de un mínimo umbral de racionalidad que debe contener toda decisión judicial (conf. Guzmán, Néstor Leandro: “La motivación de la sentencia y el interés superior del niño. Aspectos prácticos de la ponderación en el derecho de familia”, Cita Online: AR/DOC/1130/2016). El interés superior de E. es que tenga contacto permanente, fluido y personal con ambos progenitores y no privarla de ello al sobreponer un interés personal que quiebra la igualdad real en el vínculo entre ellos sin serio motivo que lo justifique (arts. 3 y 12 Convención sobre los Derechos del niño). El tiempo transcurrido y ganado por su progenitora para consolidar su decisión unilateral no avalada por el régimen legal imperante y su actitud no colaborativa con la Justicia no pueden ser, en mi criterio, motivos razonables para justificar racionalmente una decisión contraria a ello.

Por todo lo expuesto y por las razones dadas en el voto al que adhiero, doy el mío también por la negativa.

2ª cuestión. — El doctor *Banegas* dijo:

Atento el acuerdo alcanzado al tratar la cuestión anterior y de conformidad con el superior interés de

E. (arts. 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCCN), corresponde revocar la apelada sentencia del 07/06/2021: 1) Haciendo lugar a las defensas opuestas por el señor M., J. G., fijándose el cuidado personal de la niña compartido e indistinto a ambos progenitores con residencia principal en el Partido de La Plata, que no podrá ser modificado sin previo acuerdo de partes o decisión judicial que lo autorice (arts. 384, 474 CPCC; 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCyC; 3 de ley 26.061 y Decreto Reglamentario), por lo que E. deberá volver a residir en este Partido junto a su madre o mudarse con su padre en caso de negativa de regresar la progenitora; 2) Ordenando se fije un régimen de comunicación provisorio en favor del progenitor no conviviente consistente en un fin de semana por medio con cada padre de modo alternado, desde los viernes a las 16 horas hasta los domingos a las 20 horas y durante la semana, a disponibilidad del progenitor no conviviente y de E., la niña pasará dos días la tarde con el progenitor no conviviente, de 16 a 20 horas. Se ordena que el otro padre colaborará activamente para que el régimen establecido se pueda llevar a cabo; 3) Atento las particularidades del caso, el término de cumplimiento de esta sentencia debe establecerse en el plazo de 60 días de que adquiera el fallo firmeza, en los cuales se deberá efectivizar la mudanza y el señor M. deberá gestionar el alta y la vacante en la Institución Escolar a la que la niña concurría antes del traslado; 4) Se dispone que ante el incumplimiento de la madre de lo aquí decidido se aplicará en su contra una multa pecuniaria de 2 (dos) *jus* por día de retraso o incumplimiento, sumas que —en caso de producirse el mismo— deberán ser asignadas a una institución de bien público que trabaje en problemáticas referida a los niños, niñas y adolescentes, la que se escogerá por el juez de grado en la instancia de origen; 5) Por último, se debe confirmar la condena en costas decidida en la instancia de origen, e imponerse las correspondientes a la alzada a la parte actora en su calidad de vencida (art. 68 CPCC).

Así lo voto.

El doctor *Hankovits*, por los mismos fundamentos, votó en igual sentido.

Con lo que termino el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por ello, y demás fundamentos del acuerdo que antecede y de conformidad con el superior interés de E. (arts. 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCCN) se revoca la apelada sentencia del 07/06/2021, y consecuentemente: 1) Se hace lugar a las defensas opuestas por el señor M., J. G., fijándose el cuidado personal de la niña compartido e indistinto a ambos progenitores con residencia principal en el Partido de La Plata, que no podrá ser modificado sin previo acuerdo de partes o decisión judicial que lo autorice (arts. 384, 474 CPCC; 3 y 12, Conv. sobre los Dchos. del Niño; 75 inc. 22, CN; 705, 706 inc. c, CCyC; 3 de ley 26.061 y Decreto Reglamentario), ordenando que E. vuelva a residir en este Partido junto a su madre o mudarse con su padre en caso de negativa de regresar la progenitora; 2) Se fija un régimen de comunicación provisorio en favor del progenitor no conviviente consistente en un fin de semana por medio con cada padre de modo alternado, desde los viernes a las 16 horas hasta los domingos a las 20 horas y se establece que durante la semana, a disponibilidad del progenitor no conviviente y de E., la niña pasará dos días la tarde con el progenitor no conviviente, de 16 a 20 horas. Se ordena que el otro padre colaborará activamente para que el régimen establecido se pueda llevar a cabo; 3) Atento las particularidades del caso, el término para el cumplimiento de esta sentencia se establece en el plazo de 60 días de que la misma adquiera firmeza, en los cuales se deberá efectivizar la mudanza, y el señor M. deberá gestionar el alta y la vacante en la Institución Escolar a la que la niña concurría antes del traslado; 4) Se dispone que ante el incumplimiento de la madre de lo aquí decidido se aplicará en su contra una multa pecuniaria de 2 (dos) *jus* por día de retraso o incumplimiento, sumas que —en caso de producirse el mismo— deberán ser asignadas a una institución de bien público que trabaje en problemáticas referida a los niños, niñas y adolescentes, la que se escogerá por el juez de grado en la instancia de origen; 5) Por último, se confirma la condena en costas decidida en la instancia de origen y se imponen las correspondientes a la alzada a la parte actora en su calidad de vencida (art. 68 CPCC). Regístrese. Notifíquese en los términos del art. 1 de la Ac. 3991 del 21/10/20. Devuélvase. — *Leandro A. Banegas*. — *Francisco A. Hankovits*.

Centro de vida, cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta y mudanza del progenitor de la residencia “principal”

Mercedes Iturburu (*)

Rodolfo G. Jáuregui (**)

Sumario: I. El caso.— II. La solución de primera instancia.— III. Los agravios.— IV. Los argumentos de la solución de la Cámara.— V. Valoración crítica.— VI. Conclusiones.

I. El caso

La progenitora vivía con su hija, una niña de casi siete años a la época del fallo de sala, y en febrero de 2020 se mudaron desde la ciudad de La Plata —lugar en el que residían—, hacia Olivos —partido de Vicente López, provincia de Buenos Aires—. Justificó su decisión en cuestio-

nes laborales, debido a que trabajaba en el Congreso de la Nación.

Adujo que el cambio mejoraría la calidad de vida de la niña y enseguida demandó al progenitor intentando modificar el régimen de cuidado personal vigente en ese entonces. Este último, anoticiado de lo ocurrido, se negó también inmediatamente al cambio residencia para no alterar el centro de vida y obtuvo resoluciones favorables, que impedían a la madre residir fuera de La Plata. Tales mandas fueron incumplidas, como así también un acuerdo sobre régimen de comunicación provisorio que alcanzaron durante la sustanciación del juicio.

II. La solución de primera instancia

La sentencia, de fecha 07/06/2021, dispuso el cuidado personal compartido bajo la modalidad alternada y detalló que, para el caso de que se suspendan las clases presenciales y prosigan de modo virtual, la hija debería permanecer una semana con cada progenitor. El progenitor la retiraría del domicilio de la progenitora el día domingo a las 14.00 horas con el fin de que permanezca la semana siguiente en la ciudad de La Plata, y la progenitora debería retirarla del do-

(*) Abogada; escribana; mediadora; diplomada en Desmanicomialización; asesora legal de la Unidad de Letrados en Procesos de Salud Mental dependiente de la Defensoría General de Entre Ríos.

(**) Abogado; especialista en Derecho de Familia; mediador; profesor titular de Derecho Civil V (Fac. de Cs. Js. y Sociales, UNL); profesor de posgrado (UNL, UNNE, UCASAL y UCA); capacitador del Instituto de Capacitación Dr. Juan Bautista Alberdi (ST Entre Ríos); miembro del Centro de Estudios de Derecho Comparado del Mercosur; juez de enlace por Entre Ríos ante la CS en materia de restitución internacional de menores designado por el ST Entre Ríos; jurado técnico para los concursos del Consejo de la Magistratura de Entre Ríos (desde el 2008 a la fecha por la Asociación de Magistrados y Funcionarios del Poder Judicial de Entre Ríos) y del Consejo de la Magistratura de la provincia de Formosa (2018); Jurado externo de numerosas tesis en la Maestría de Niñez y Adolescencia (UNNE); vocal a cargo del despacho de la C. 2ª Civ. y Com. Paraná, sala II.

micilio del progenitor el día domingo siguiente a las 14.00 horas, con el fin de que la niña regrese a Olivos.

Para el caso de que las clases se desarrollaren de manera presencial, estableció que la niña debería permanecer durante la semana en el domicilio de la progenitora y permanecería tres fines de semana al mes con el progenitor, quedando a cargo de este los retiros y de la progenitora los reintegros respectivos. Detalló que, a tal fin, el progenitor debería retirarla del domicilio de la progenitora los días viernes a las 17.00 horas y la progenitora debería retirarla del domicilio del progenitor los días domingos a las 17.00 horas, excepto el tercer fin de semana por mes que correspondería que la niña permanezca en el domicilio de su madre. Esto, sin perjuicio del contacto paterno-filial que pudiera mantenerse de manera presencial o por medios telemáticos mientras la niña se encuentre en Olivos, en tanto las posibilidades y las actividades de la menor así lo permitan (arts. 650, 651 y 656, Cód. Civ. y Com.). Por último, impuso las costas a la progenitora (art. 68, Cód. Proc. Civ. y Com.).

III. Los agravios

Ambos progenitores apelaron la sentencia. La progenitora lo hizo por las costas y pidió que se modifique la condena. Sostuvo que hubo vencimientos mutuos, y que las costas de los incidentes conexos no se pueden imponer en el principal. Agregó que en este tipo de procesos no existen vencedores ni vencidos.

El progenitor, también disconforme, por su parte alegó que el fallo violó la congruencia y que desoyó el dictamen de la pericial psicológica. Tildó la sentencia de arbitraria, irrazonable e infundada, contraria al interés superior de la niña. Por último, le endilgó que avala conductas violatorias de mandas judiciales de la progenitora.

IV. Los argumentos de la solución de la Cámara

IV.1. La solución del anotado

A la hora de decidir, se estableció que corresponde fijar el cuidado personal compartido e indistinto a ambos progenitores con residen-

cia principal en el partido de La Plata. Agregó que no podría ser modificado sin previo acuerdo de partes o decisión judicial que lo autorice [arts. 384 y 474, Cód. Proc. Civ. y Com.; 3º y 12, CDN; 75, inc. 22, CN; 705 y 706, inc. c), Cód. Civ. y Com.; 3º, ley 26.061 y dec. regl.] y que la niña debía volver a residir en este partido junto a su madre o mudarse con su padre, en caso de negativa de regresar la progenitora, estableciendo un plazo de sesenta días para cumplir la manda. Asimismo, fijó un apercibimiento ante un eventual incumplimiento de la progenitora que se le aplicaría una multa diaria de 2 jus.

Por último, ordenó un régimen provisorio en favor del progenitor no conviviente consistente en un fin de semana por medio con cada uno de modo alternado —desde los viernes a las 16 horas hasta los domingos a las 20 horas— y se estableció que, durante la semana, conforme a la disponibilidad del progenitor no conviviente y de E., la niña pasaría dos días la tarde con este, de 16 a 20 horas. Se hizo hincapié en que cada progenitor deberá colaborar activamente con el otro para que el régimen establecido se pueda llevar a cabo.

IV.2. Fundamentos

a) La mudanza del progenitor con el que convive el NNyA, ante la oposición formal, abre camino a una decisión judicial al respecto y la respuesta debe ser ajustada al interés superior del niño, niña o adolescente [tratados internacionales vigentes en la materia de los que se ha hecho eco el Cód. Civ. y Com. en sus arts. 113, inc. c), 639, inc. a), y 706, inc. c)].

b) La determinación del “centro de vida” en cada caso particular puede resultar extremadamente complejo. Amén de los parámetros objetivos que la norma otorga [art. 3º, inc. f), ley 26.061, fundamentalmente el factor temporal y legalidad] se conjuga el componente subjetivo en la formación de ese concepto jurídico abstracto. Ambos (el objetivo y el subjetivo), conjugados con el interés superior del niño, deben ser analizados en forma conjunta sin prescindir de ninguno de ellos. No necesariamente el lugar donde más tiempo vivió la niña se debe considerar automáticamente el centro de vida o que la ilegitimidad de la mudanza resulten por sí mismas contrarias a su interés superior.

c) El paso del tiempo o la inmediatez con que se plantee la oposición a la mudanza, la legitimidad en el traslado, la adaptación del niño, niña o adolescente y su opinión actual son elementos que deben estar presentes en la solución del caso.

d) Precisó, bajo este andamiaje normativo, que desde su nacimiento el 29/09/2014 y hasta que se produjo la mudanza a la localidad de Olivos en el mes de febrero de 2020, la niña vivió en la ciudad de La Plata, concurriendo allí al jardín y manteniendo un contacto con sus afectos. La ciudad de La Plata era por consiguiente su centro de vida.

e) Existió un traslado de la menor de la ciudad de La Plata a Olivos y la oposición del progenitor fue oportuna debido a que se realizó al contestar la demanda en esos mismos actuados.

f) Se acreditó el incumplimiento de la madre respecto de las mandas judiciales efectuadas en pos de no modificar el lugar de residencia de la menor (v. res. del 07/02/2020; 03/03/2020 y de la misma sala del 1/12/2020).

La mudanza y su extensión en el tiempo no fueron suficientes. En esa época en La Plata la niña tenía a su mamá y su papá, su familia paterna, escuela y amigos del jardín (extremos probados).

g) La decisión de su madre fue inconsulta y luego ilegal tras haber modificado el lugar de residencia, trasladándose a la localidad Olivos. En una posición obstruccionista persistente, se mudó con su hija, desoyendo la totalidad de las medidas judiciales dictadas en contrario.

h) La diferencia de tiempo entre el trabajo y su casa no varió de modo significativo antes y después de la mudanza a Olivos, por lo que el argumento de la cercanía no resulta concluyente ni justificación suficiente del cambio efectuado (art. 484, Cód. Proc. Civ. y Com.).

La totalidad de la familia paterna de E. —los abuelos, su tía y su padrino— se encuentran en La Plata, por lo que concluir que el centro de vida de la menor se fija en CABA por la presencia de su círculo cercano tampoco es un argumento suficiente. La niña tiene parte de su círculo ínti-

mo en Olivos —rama materna— y otra parte en La Plata —familia paterna—.

i) La opinión de la niña: La niña le manifestó a la psicóloga que “si mi papá no acepta que yo quiero ir al colegio de Obras me quedo unos días acá. No me siento cómoda que vaya allá y que me lleve a otro colegio” y que “a veces me dan ganas de volver, pero no muchas porque estoy cómoda. Necesito que mi papá entienda que lo que quiero hacer es seguir acá, en Obras, y que mi mamá me va a llevar las veces que sean necesarias” (v. dictamen del 25/03/2021). Se evidencia con claridad que la menor —de acuerdo con lo dictaminado por la asesora de menores e incapaces— ha adoptado paulatinamente un discurso adulto inadecuado a su interés superior, involucrándose con cuestiones respecto de las que la madre debería mantenerla expresamente al margen. Algunas de las expresiones de la niña ante la psicóloga no son acordes con su edad y por tanto existe la firme presunción que sean manifestaciones direccionadas por su madre (arts. 384 y 474, Cód. Proc. Civ. y Com.).

j) La progenitora violó el principio de buena fe que debe ser rector en este tipo de causas y que emana del art. 706 del Cód. Civ. y Com. que se aplica especialmente en la materia en relación con los acuerdos celebrados por las partes, ya sea extraprocesalmente o durante el proceso, que no solo deben ser respetados por las partes que los celebraron, sino que deben ser tomados como antecedente relevante para decidir las cuestiones sometidas al juez.

No se ajusta a derecho ni es respetuoso del interés superior de E. convalidar el traslado efectuado de forma inconsulta, unilateral y mediando oposición del padre, además se estarían avalando conductas contrarias al ordenamiento jurídico (art. 706, Cód. Civ. y Com.).

V. Valoración crítica

Un fallo impecable. Aplicó con tino, lógica jurídica pura y un atildado sentido de realidad la normativa vigente. Una afortunada bajada al terreno de los hechos de los principios aplicables, los que solidifican armónicamente la construcción argumental.

Logró amalgamar adecuadamente los hechos con el derecho, utilizando extrema prudencia las pautas hermenéuticas que trae el digesto de fondo. Más, a su vez, lo hizo sin abandonar la siempre necesaria firmeza que debe transmitir toda decisión jurisdiccional.

Coloca en su justo quicio el *quid* de la cuestión actualmente en el tema tan delicado de mudanzas en este caso de cuidado principal compartido bajo, la modalidad indistinta (1), de quien reside de manera principal con la persona menor de edad.

En primer lugar, lo tipifica con exactitud. Son actos de ejercicio de la responsabilidad parental [art. 641, inc. b)] y como tales, susceptibles de oposición por parte del otro progenitor que ejerce conjuntamente. En caso de conflictos, deben ser dirimidos judicialmente.

Desde la mudanza al fallo de Cámara pasaron prácticamente dos años, lo que invita a intentar mejorar los tiempos en los que se resuelven cuestiones urgentes por su misma naturaleza. El plazo razonable en materia de familia es una garantía judicial que debe primar para cumplir con las mandas convencionales, el debido proceso y la tutela judicial efectiva. Resolver los conflictos sin dilación de tiempo hace a la efectividad de la sentencia, cuestión tan importante en los procesos de familia frente a la consolidación de las situaciones de hecho.

La norma aplicable del art. 641, inc. b), del Cód. Civ. y Com. es clara: “[S]e presume que los actos realizados por uno cuentan con la conformidad del otro, con las excepciones del inciso anterior. Por voluntad de los progenitores o

por decisión judicial, en interés del hijo, el ejercicio se puede atribuir a solo uno de ellos, o establecerse distintas modalidades”. Si bien estos actos no requieren el consentimiento expreso de ambos progenitores y la conformidad del hijo/a cuando sea adolescente, quizás en una futura reforma habría que incorporarlo al catálogo del art. 645, por la gran trascendencia del acto.

También rige el art. 654 del mismo cuerpo legal que establece el deber de cada progenitor, de informar al otro sobre cuestiones de educación, salud y otras relativas a la persona y bienes del hijo. Una primera conclusión sería que el progenitor que pretenda trasladar la residencia de su hijo menor de edad a otro lugar, pero dentro del territorio argentino, deberá en primer lugar informar esta circunstancia al otro progenitor; y este en caso de no estar de acuerdo con ello, ocurrir ante el juez competente a fin de que dirima la contienda, previo debate con aportes interdisciplinarios y ponderación de los derechos e intereses en juego (2).

Apunta el fallo, con buen criterio, como uno de los elementos centrales a considerar para resolver la cuestión, la oportunidad o tempestividad de la oposición. Ello, es lo que permite en este caso al progenitor evitar la aplicación de la teoría de los actos propios. Y es lógico; se supone que en dicho ejercicio tiene que estar atento a todas las contingencias o circunstancias de la vida de los hijos, actuar con premura, con una actitud activa no permitiendo que se consoliden situaciones de hecho. En otros términos, todo lo contrario a mantener una postura pasiva y expectante. Esto es para tenerlo muy en cuenta.

Un argumento que se alega repetidamente en los juicios de alimentos, cuando los alimentantes permitieron o convalidaron con sus propios actos en forma tácita una mudanza —quizás a un lugar distante del anterior centro de vida— y tienen que trasladarse o solventar gastos de alimentos (3).

(2) ROMERO, Celeste, "Responsabilidad parental: El traslado del centro de vida dentro del país. Doctrina y jurisprudencia", DFyP 2019 (nov.), 8, AR/DOC/2992/2019.

(3) Así se ha dicho: "Sobre el argumento de la distancia del centro de vida de la adolescente (Paraná) respecto del lugar de residencia del progenitor (Necochea) que lo

(1) Belluscio critica la denominación de cuidado personal compartido bajo la modalidad indistinta (art. 650) en segunda parte, en cuanto establece que "en el indistinto, el hijo reside de manera principal en el domicilio de uno de los progenitores, pero ambos comparten las decisiones y se distribuyen de modo equitativo las labores atinentes al cuidado". Lo hace ya que, conforme al diccionario de la Academia, indistinto es "lo que no se distingue de otra cosa", y aquí sí se distingue, pues hay una residencia principal. En el cuidado indistinto del que habla el código no residen los hijos indiferentemente con uno u otro de los padres, sino principalmente con uno; luego, no es indistinto (conf. BELLUSCIO, Augusto C., "Derecho de familia", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2016).

En cuanto al incumplimiento por parte de la progenitora de las órdenes judiciales, se debe considerar que este argumento, si bien es importante, no es suficiente de por sí. Debe a su vez engarzarse, como todo elemento de ponderación y ser funcional con el interés superior del niño y con el principio de realidad (4). También fue correctamente introducido el tópico a la línea prolija de fundamentación.

Quizás este punto queda claro en un reciente fallo de la CS, en donde se priorizó el interés superior del niño, al convalidarse una guarda de hecho (5).

Se dijo en sentido similar que las vías de hecho no pueden servir de fundamento para alte-

rar la competencia del juez natural, sino que la residencia habitual a considerar es la existente antes de producirse el conflicto, evitando validar centros de vida creados de hecho por uno de los progenitores (6). Aunque también, en otro caso, se resolvió que la demanda de restitución intentada por el padre de dos niñas, ante el cambio de domicilio a otra provincia realizado por la madre debe rechazarse, pues ese traslado deviene legítimo, toda vez que el centro de vida no constituye una noción pétrea o inmodificable y, además, ello se produjo ante la situación de vulnerabilidad de la demandada, dada la violencia psicológica y física padecida en su convivencia con el padre de las niñas, máxime cuando es la solución que se compadece con el real significado de interés superior del niño (7).

En un caso en que la progenitora —actora— promovió un incidente en la localidad entre-riana para que se declare el cambio del centro de vida y la inconstitucionalidad del art. 716 del Cód. Civ. y Com. El juez de primera instancia primero la autorizó provisionalmente para posteriormente dejarla sin efecto la autorización y declarar su incompetencia. La Cámara admitió parcialmente el recurso de apelación y en efecto declaró la competencia provisional del magistrado de Gualeguaychú. Dispuso que este oficio a los tribunales intervinientes en la provincia de Formosa para comunicarle lo decidido y, oportunamente, lo que en definitiva se resuelva para que, en su caso, decline su competencia o bien requiera al juzgado de familia formoseño su inhibición. Por último, autorizó provisionalmente el establecimiento de la residencia del niño B. I. G., con su progenitora M. D. V. C. en la localidad de Urdinarrain, departamento de Gualeguaychú, provincia de Entre Ríos. Sostuvo que rigen el art. 716 del Cód. Civ. y Com. y los arts. 11 y 12 de la Ley Procesal de Familia de Entre Ríos. Que en este tipo de asuntos se deben analizar a partir de la Convención de los Derechos del Niño, que tutela su interés superior, pero también desde la Convención sobre Eliminación de todas las Formas de Discriminación sobre la Mujer. Ello, por

obliga a realizar gastos en forma periódica para mantener contactos, soslaya justamente que aquel [art. 3º, inc. f), ley 26.061, art. 3º, dec. 415/2006, 716 y cc. del Cód. Civ. y Com., art. 12, ley 10.668] obedeció en definitiva a una decisión conjunta, de ambos por acción de uno —según refiere el apelante de la progenitora— y una omisión del otro que la consintió o toleró el acto (en este caso el apelante). Quedó determinado dicho cuadro fáctico en otros términos por el ejercicio de la responsabilidad parental, lo que mal puede erigirse en motivo para perjudicar o disminuir los derechos alimentarios de la adolescente" (C2ª Civ. y Com. Paraná, sala II, 01/03/2021, "E. G. E. c. F. M. F. s/ alimentos", 11454).

(4) CS, 16/09/2021, "G., P. G. c. V., A. K. s/reintegro de hijo", AR/JUR/142423/2021: "En el caso no se trata de convalidar ni de propiciar incumplimiento de resoluciones judiciales firmes que, por lo demás, no resultan atribuibles a un niño, ni de definir con qué progenitor debe vivir, sino permitir que esa decisión finalmente se adopte de acuerdo con suficientes elementos de juicio acerca de su realidad actual, considerando de manera primordial el principio del interés superior del niño y de conformidad con las normas que resultan aplicables, a fin de evitar un nuevo conflicto y un estado de incertidumbre cuyos efectos emocionales y psicológicos resultan impredecibles.

(5) CS, 07/10/2021, "L., M. s/ abrigo". La configuración de ese "interés superior" exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple —en su máxima extensión— la situación real de la infante. "Que en efecto, todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto como el presente, deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del sujeto más vulnerable, no debiendo ello ser desplazado por los intereses de los progenitores y/o de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva por más legítimos que resulten. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior de la niña".

(6) CCiv., Com. Lab. y Minería Santa Rosa, sala I, 24/06/2021, "F., M. J. c. C., A. M. s/ medida cautelar", AR/JUR/96534/2021.

(7) CCiv. y Com. San Pedro de Jujuy, 11/07/2018, "J., D. F. c. G., F. F. s/ cautelar - reintegro de menores", AR/JUR/89893/2018.

cuanto la perspectiva de género debe ser materia de análisis global en la decisión, en tanto el interés superior de los/as hijos/as no puede dissociarse de la perspectiva de género al tiempo de decidir **(8)**.

También es oportuno consignar que resulta necesario priorizar la salvaguarda del principio de inmediatez para garantizar la efectividad y celeridad de la actividad tutelar, en resguardo del interés superior de los niños **(9)**.

El Cód. Civ. y Com., pese al gran peso que le otorga, no define el concepto de centro de vida, ni tampoco lo hacen las fuentes convencionales que evidentemente inspiraron al legislador: el Convenio de La Haya sobre los Aspectos Civiles de la Sustracción Internacional de Menores y la Convención Interamericana sobre Restitución Internacional de Menores que ni siquiera lo mencionan (el punto de conexión elegido es la "residencia habitual").

Como consecuencia, luce abstracto, incompleto o indeterminado, generando dudas. Se debe recurrir a otras normas para completarlo o determinarlo. En tal sentido, lamentablemente no alcanzan ninguna de las genéricas e imprecisas definiciones que traen las normas jurídicas vigentes para caracterizarlo con justeza [arts. 3º, inc. f), ley 26.061, y 3º, dec. 415/2006], por lo que ante el vacío habrá de ser construido por la magistratura en cada caso concreto a partir de una lectura integradora de ellas y recurriendo indefectiblemente en la economía del Cód. Civ. y Com. a los principios generales (arts. 2º, 595, 639, 706 y ccds., Cód. Civ. y Com.) amalgamándolo al resultado que obtenga, por sobre todo, con el constitucional interés superior del niño [art. 3.1, CDN **(10)**], mostrando la jurisprudencia un esfuerzo para eso, y relacionándolo en caso de imposibilidad de determinarlo para resolver cuestiones de com-

petencias también con el principio de tutela judicial efectiva, aventando el *strepitus fori*.

Conviene insistir en que siempre el interés superior del niño supone que se considere primordialmente este derecho a no ser trasladado o retenido ilícitamente. Y a partir de la 26.061 [art. 3º, inc. f)] tal premisa también rige aún dentro del territorio nacional —traslados a otras ciudades o provincias—, por más que dicho acto no requiera, como lo sostuvimos al principio, el consentimiento expreso de ambos progenitores conforme a la letra del art. 645 del Cód. Civ. y Com.

Es un acto de perversa cosificación, modificar unilateralmente o sea violentar el centro de vida de una persona vulnerable por parte de quien tiene el deber de protegerlo, y toda acción cautelar preventiva **(11)** o inclusive innovativa se debe evaluar muy seriamente, siempre otorgando participación al NNyA y teniendo en cuenta su opinión de acuerdo con su grado de madurez y desarrollo (arts. 26 y 707, Cód. Civ. y Com., y arts. 3º, 24 y 27, ley 26.061).

A propósito de ella, en el caso, entendemos que fue descalificada correctamente la opinión, en cuanto detectó la sala que estaba influenciado dicho parecer por intereses ajenos a los suyos, y priorizó cotejarla con las circunstancias: el interés superior se construye a partir de su derecho a no ser trasladada ilícitamente de su lugar de residencia habitual, haciendo una correcta construcción de tal principio.

En cuanto al principio de buena fe (arts. 9º y 706, Cód. Civ. y Com.), de cooperación está ínsito no solamente en los procesos familiares, y como tal guía la conducta procesal, siendo un

(8) C. Gualaguaychú, sala Civ. y Com., 23/10/2020, "V. M. D. s/ medida cautelar protección de persona (urgente)".

(9) CS, 01/10/2020, "W., S. J. c. D., L. D. s/ medida provisional urgente cuidado personal unilateral", AR/JUR/72364/2020.

(10) JÁUREGUI, Rodolfo G., "Centro de vida, competencia territorial y el art. 716 del Cód. Civ. y Com.", RC D 982/2018.

(11) La medida cautelar de interdicción de salida de una ciudad de dos niñas debe mantenerse, dado que el conflicto parental que ha motivado el dictado de aquella se ha incrementado y hasta tanto se resuelva mediante sentencia definitiva la autorización judicial de cambio de residencia solicitada por su progenitora y consecuentemente el cuidado personal de las menores; más aún cuando tal decisión no resulta prematura, no provoca perjuicio irreparable alguno ni implica un castigo para la reclamante o para las niñas, ni vulnera derechos constitucionales como el libre desplazamiento" [CCiv. y Com. Mar del Plata, sala II, 06/06/2017, "M. F. A. c. D. N. P. s/ medidas precautorias (art. 232, Cód. Proc. Civ. y Com.)"].

parámetro para la resolución, sino que, además, desde lo sustancial, deviene del rol mismo que exige la responsabilidad parental (arts. 638 y cccls.) que viene de la mano de la relatividad de los derechos, que impide que sean ejercidos de modo abusivo (art. 10, Cód. Civ. y Com.) y del fin del instituto o sea la protección y formación integral de los hijos.

La índole de los derechos en juego en los procesos de familia y sus efectos en la vida de los intervinientes de estos crean un deber de extremar los recaudos sobre el buen comportamiento que deben tener los intervinientes del proceso. En consecuencia de ello, se debe evitar el abuso procesal porque no solo afecta a todas las partes, sino que asiduamente hay una parte en condición de vulnerabilidad. Quienes ejercen la magistratura deben actuar y rechazar las inconductas y estrategias que obstruyen los trámites y que se utilizan para un fin contrario a la ley (12).

VI. Conclusiones

Impecable producción, que analiza pormenorizadamente las distintas variables que se pueden presentar en este tipo de casos, inclinándose por aquellas pautas hermenéuticas respetuosas del interés superior del niño, el que es analizado desde el caso en concreto y en forma integral.

Quienes ejercen la magistratura deben desentrañar y separar conceptualmente el interés superior del niño del interés particular o propio de los progenitores que lo invocan para justificar sus conductas.

(12) KEMELMAJER de CARLUCCI, Aída - MOLINA de JUAN, Mariel, "Los principios generales del proceso de familia en el Código Civil y Comercial", *Revista de Derecho Procesal* 2015-2, Rubinzal-Culzoni, p. 61.

La decisión unilateral de uno de los progenitores de cambiar el lugar de residencia o centro de vida de los NNYA es susceptible de colocar en riesgo el desarrollo saludable de estos al alterar su cotidianidad, entorpecer sus lazos afectivos y sociales y representar una injerencia arbitraria en la vida privada del hijo, vedada por la Convención Internacional de los Derechos del Niño —arts. 2.2, 12.1 y 16—.

En el fallo mencionado se puede vislumbrar la centralidad que ha tenido para la solución la experta opinión de una profesional en psicología, con un informe suficientemente detallado, teniendo en cuenta el contexto y la personalidad de cada protagonista que intervino en el proceso. Este tipo de dictámenes son claves para sofisticar la respuesta jurisdiccional.

El principio de buena fe, venturosamente aceptado en el fallo, se vincula armónicamente con el ejercicio regular de los deberes derechos emergentes de la responsabilidad parental, no debiéndose tolerar que sea el accionar abusivo ni irregular.

Consideramos que hubiese sido pertinente que la niña cuente con el apoyo legal de la figura del abogado/a del niño/a [art. 27, inc. c), ley 26.061] o en su caso, un/a tutor/a especial (art. 109, Cód. Civ. y Com.), cuando carezca de edad y grado de madurez suficiente. Cada provincia, debe definir mediante normas adecuadas el proceso de selección del abogado/a del NNYA y tutores especiales, que deben tener especial versación en niñez y adolescencia.

Con la presencia de tales apoyos la diligencia de la escucha del NNYA resultaría más fructífera, respetuosa y valiosa, dado que se facilita la comunicación de la persona vulnerable con quien ejerce la magistratura y los demás intervinientes, a la par que brinda un asesoramiento jurídico y un marco apto para encarrilar sus pretensiones.

COMUNICACIÓN CON EL HIJO

Sentencia que ordena la restitución de los niños al hogar materno. Oposición de los niños en todo el proceso. Omisión de los tribunales involucrados de oír a los niños. Interés superior de los adolescentes. Interpretación de la ley.

Con nota de Juan Pablo Ríos y Antonella Caro

1. — La sentencia que confirmó el reintegro de los niños al cuidado de su madre debe ser revocada, pues la decisión hizo mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente la concordante y férrea opinión expresada por los niños que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella, no efectuando de esa forma el análisis que la hermenéutica constitucional y legal exigía, en particular los efectos o consecuencias que podía traer aparejada para ellos.
2. — La expresión de voluntad de los niños, reiterada en la audiencia celebrada ante la Corte Suprema, en la que aquellos ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso con relación a no convivir con su progenitora, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, en tanto no puede pasar inadvertido que tal actitud, mantenida —con algunos vaivenes que fueron perdiendo entidad con el tiempo— al margen de que pudo haberse originado en la alienación con el discurso paterno ayudado por la posición de la madre, no ha podido ser revertida pese a las distintas intervenciones judiciales y tuvo como correlato el constante fracaso de todas las estrategias de revinculación con su progenitora y, en consecuencia, la consiguiente imposibilidad de hacer efectiva la decisión de reintegro confirmada por la Corte local.
3. — La sentencia que confirmó el reintegro de los niños al cuidado de su madre debe ser revocada, pues insiste con dictaminar el retorno a una convivencia con la progenitora que los hoy adolescentes rechazan; y al continuar con un proceso de revinculación judicial forzado no hizo más que profundizar el gravísimo conflicto de relación materno-filial y familiar, derivado principalmente de la incapacidad de

los adultos responsables de poder arribar a un acuerdo en lo referente al cuidado personal de sus hijos.

4. — La decisión que se adopte respecto de la conflictividad familiar que impera en el caso debe inevitablemente atender a la evolución que tenga el tratamiento psicológico que deben mantener los hoy adolescentes y los adultos —cuya continuación y debida acreditación resultan esenciales para el resguardo de su integridad— tendiente a recomponer los lazos familiares y a alejar miedos e inseguridades de los primeros, paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación con la madre, todo ello sujeto a sus necesidades. Resultará imprescindible que, por un lado, el progenitor conviviente extreme sus esfuerzos, a fin de permitir que el vínculo con el progenitor no conviviente pueda ir restableciéndose en un clima de paz y tranquilidad, evitando circunstancias que puedan llegar a agravar la situación personal de los involucrados y, por el otro, que la progenitora adopte idéntica conducta con el propósito de ir recreando una relación materno-filial que, indefectiblemente, se ha ido perdiendo con el tiempo.
5. — Los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango su interés moral y material debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores; dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3° de la Convención de los Derechos del Niño e infraconstitucional en el art. 3° de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inc. a y 706, inc. c, del Cód. Civ. y Com.
6. — La ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las

niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida.

7. — El Código Civil y Comercial ha establecido al interés superior del niño como principio a tener en cuenta en toda decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes y, con específica vinculación con el caso, como pauta de consideración primordial en el ejercicio de la responsabilidad parental (arts. 706, inc. c y 639, inc. a).
8. — Tanto la ley 26.061 como el art. 707 del Cód. Civ. y Com. expresamente receptan lo dispuesto por el art. 12 de la Convención de los Derechos del Niño en cuanto dispone que los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez.
9. — El derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención de los Derechos del Niño, a punto tal que no es posible una aplicación correcta del art. 3°, si no se respetan los componentes del art. 12 (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, ptos. 2 y 74).
10. — La exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias, si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés; pero cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una decisión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria, máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo, pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido, sin avizorarse la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales.
11. — Constituye un deber ineludible de los jueces adoptar decisiones que procuren resguardar el derecho recíproco de comunicación materno-

filial como el deber del padre conviviente de garantizarlo (arts. 652 y 655, inc. d, Cód. Civ. y Com.); empero, en el caso el devenir de los acontecimientos ha demostrado que tal cometido no puede concretarse en las condiciones y el modo dispuestos por las decisiones judiciales que vienen siendo cuestionadas, en tanto las constancias de la causa dan cuenta de que ello no ha dado ningún resultado positivo para los involucrados, a punto tal que los expertos intervinientes en las distintas instancias han considerado que la cronicidad del conflicto familiar reviste características de gravedad, pues los niños viven la actual intervención judicial como “un castigo para ellos” y sienten que es a ellos mismos a los que se les impone las consecuencias de las decisiones que se adoptan.

12. — Dada la alta conflictividad que se advierte entre las partes —puesta de manifiesto por una cantidad de causas judiciales existentes— y en consonancia con la finalidad protectoria del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, la Corte Suprema encomienda a los progenitores, principalmente, como también a los magistrados, a profundizar sus esfuerzos para lograr soluciones respetuosas de los derechos y la condición personal de los niños en plena formación, entre los que se encuentra mantener relaciones y contacto directo, así como permanente, con ambos padres, sin que quepa admitir que pueda verse lesionado como consecuencia de sus comportamientos.

CS, 07/10/2021. - P. B., E. G. c. B., K. E. s/ medidas precautorias.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/155702/2021]



COSTAS

Instancia extraordinaria: en el orden causado en atención al tema debatido.

CSJ 001813/2018/RH001

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021

Considerando:

1°) Que con motivo del convenio de tenencia homologado en el marco del juicio de divorcio, los tres hijos del matrimonio -a ese entonces de 8, 4 y 3 años de edad- continuaron viviendo con su progenitora en la casa que fuera sede del hogar conyugal ubicada en el Country Club Los Cardales, en la localidad de Campana, Provincia de Buenos Aires, donde también

se encontraba el establecimiento educativo al que concurrían. Asimismo, se fijó un amplio régimen de visitas a favor del progenitor a cumplirse en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, donde este había mudado su residencia (conf. fs. 58/60 del expte. CIV 72069/2015 y fs. 11/14 e informe de fs. 62 y 133/137 del expte. 34353 s/ medidas precautorias).

El 12 de octubre de 2015 el progenitor, después de retirar a los niños y a la niña del colegio, los llevó a vivir con él y los inscribió en un establecimiento educativo ubicado en esta jurisdicción, aduciendo que tal conducta había obedecido al pedido de aquellos quienes manifestaron no querer estar más con la madre debido a los malos tratos -físicos y psíquicos- que recibían. Dicha situación motivó que el padre solicitara la adopción de medidas de resguardo para su integridad (conf. fs. 11/14 del expte. CIV 72069/2015).

La Sala B de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión del juez de primera instancia que había declarado la competencia del Juzgado de Familia n° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana en razón de haber prevenido en diversas actuaciones judiciales tramitadas entre las mismas partes; dejó sin efecto la medida cautelar de prohibición de acercamiento de la progenitora en relación a sus hijos e hija y al progenitor, y ordenó al padre abstenerse de dificultar o impedir de algún modo el contacto inmediato de aquellos con la madre (conf. fs. 141/147 del citado expte. CIV 72069/2015).

2°) Que el 29 de diciembre de 2015 la jueza local, después de oír a las partes, entrevistar a los niños y a la niña y disponer distintas evaluaciones por profesionales, admitió el pedido de la progenitora y ordenó el reintegro cautelar de los entonces infantes en el imposterizable plazo de 48 horas. Asimismo, encomendó la realización de tratamientos psicológicos individuales para todos los integrantes de la familia, de peritajes psiquiátricos y psicológicos a los progenitores, y de amplios informes socioambientales en cada uno de los domicilios (fs. 17/20, 51/60, 66, 67, 68/69, 80/82, 126/130, 138/139 y 142/149 del expte. 34353 s/ medidas precautorias).

Para así decidir, hizo referencia al acotado marco cognitivo de los procesos cautelares, a la vigencia del acuerdo homologado sobre régimen de cuidados personales y de comunicación -sin perjuicio de las acciones que pudieran interponerse para su modificación- y consideró que no se había acreditado riesgo alguno para los niños y la niña que permitiera convalidar la vía de hecho ejecutada por el demandante. Destacó que, en oportunidad de ser escuchados, manifestaron su oposición a la revinculación materna pero puntualizó que no se trataba de una opinión genuina sino inducida por el padre. Dicha decisión fue apelada por

este último, recurso que fue concedido con efecto devolutivo (conf. fs. 159/163 y 224 del expte. referido).

El 5 de enero de 2016, ante el pedido de parte, la magistrada habilitó la feria judicial y ordenó que se llevara a cabo el reintegro pertinente, lo que no pudo concretarse debido al grave episodio de llantos y gritos protagonizado por los niños y la niña (conf. fs. 157, 166/167, 193/194, 303/305, 315/317 y 355/358 del expte. citado). En ese contexto, el 25 de febrero se intimó al progenitor a inscribir nuevamente a sus hijos e hija en el colegio ubicado en la localidad de Campana y a hacer efectivo su traslado diario, a la par que posteriormente se le ordenó acreditar el inicio del tratamiento psicológico de aquellos a realizarse por un profesional en la referida localidad, todo bajo apercibimiento de astreintes (fs. 509/510 y 519 del mencionado expte.). Ambas decisiones fueron apeladas por la asesora de menores y el progenitor, recursos que fueron concedidos con efecto devolutivo (fs. 529/542, 545/548 y 549/550).

Asimismo, frente a los pedidos de la progenitora, el 5 de septiembre decidió que, hasta tanto se resolvieran los recursos de apelación, no se encontraban dadas las condiciones para modificar la situación de los infantes restituyéndolos sin más a la madre. En tales condiciones, después de entrevistar a cada uno, ordenó el inicio inmediato de una terapia de revinculación con su madre en sede provincial y exhortó al progenitor a su cumplimiento, bajo apercibimiento de imponer astreintes. Asimismo, tuvo por presentado al letrado designado por el hijo mayor. Dichas decisiones fueron apeladas por el padre, la madre y el citado hijo, respectivamente (fs. 691/693; 705/709; 720/732 y 768 del citado expte.).

3°) Que la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana rechazó todos los planteos propuestos, con excepción de la designación del letrado para el hijo mayor que dejó sin efecto (fs. 799/815 del citado expte.).

Destacó que aun cuando los niños y la niña habían expresado su negativa a retomar la convivencia con su progenitora, también habían dejado a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con ella; asimismo, advirtió "...un encono hacia el rol materno que se presenta llamativo por su falta de sustento en los hechos concretos y comprobados de la causa que revestían entidad y gravedad para explicar tal cerrazón; dando lugar a considerar que la misma es en gran medida un defecto nocivo de la interrupción brusca, unilateral e inconsulta del vínculo a partir de octubre de 2015...".

Dado el tiempo transcurrido, remarcó que resultaba imperioso reanudar la necesaria vinculación de

los infantes con su madre y, en tal sentido, consideró pertinente que ello fuera canalizado por medio de un perito de la lista.

4°) Que contra dicho pronunciamiento el padre dedujo recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por ante la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires que, concedido con efecto devolutivo, fue desestimado (fs. 906/933, 989/990 y 1216/1227 del citado expte.).

Después de reseñar los antecedentes, de oír a los niños y a la niña y de hacer mérito de las conclusiones de los peritajes requeridos como medida para mejor proveer en esa sede (fs. 1081, 1097, 1127/1132 de la referida causa), la corte local recordó que la apreciación de las circunstancias del caso para determinar la custodia personal de los infantes, en función de su interés y de la idoneidad de los padres, era una cuestión de hecho, privativa de las instancias ordinarias solo revisable en caso de absurdo, vicio que no se configuraba en autos.

A tal efecto, y en lo que al caso interesa, hizo mérito de la existencia de acuerdos vigentes sobre el cuidado personal y el régimen de comunicación; de que los hechos de violencia alegados no habían sido probados y que, pese a que se había ordenado al padre abstenerse de dificultar el contacto inmediato de sus hijos e hija con la madre, dicha vinculación no había podido llevarse a cabo. Al respecto, destacó lo acontecido en el marco de la causa seguida contra el progenitor sobre impedimento de contacto.

No obstante, entendió pertinente que en forma previa a la ejecución de la orden de reintegro, se dispusiera un régimen de contacto paulatino y asistido de los infantes con su progenitora, de modo que, resguardando su interés superior y teniendo en cuenta su edad –especialmente la de F., en ese momento de catorce años–, la medida de restitución se llevara a cabo en un contexto de paz y tranquilidad para aquellos.

Por último, afirmó que no correspondía expedirse sobre las cuestiones concernientes a la escolaridad pues las distintas presentaciones obrantes en la causa, daban cuenta de que tenían estrecha vinculación con la medida cautelar de cambio de colegio solicitada en la instancia de grado que, aunque había sido rechazada, no se encontraba firme.

5°) Que contra dicho pronunciamiento el progenitor dedujo recurso extraordinario federal que, desestimado, originó la queja bajo examen.

Señala que la Corte local no ha ponderado en debida forma las disposiciones de la Convención sobre

los Derechos del Niño que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional), como tampoco las de la ley 26.061, en cuanto refieren al derecho de los niños a expresar libremente su opinión y a que sea tenida en cuenta a la hora de resolver cuestiones que los involucran, además de que se desconoce el carácter de sujetos de derecho de sus hijos, transformándolos en objeto de deseo de los adultos.

Aduce que se prioriza tanto un argumento formalista –la existencia de los acuerdos celebrados por las partes al momento de divorciarse–, como la voluntad de la madre, dejándose de lado el interés superior de los niños, soslayándose su capacidad progresiva y el pleno ejercicio del derecho a ser oídos y a que sus opiniones sean consideradas, especialmente respecto a la elección del centro de vida en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires. Agrega que nunca se opuso a la vinculación materno-filial, siempre y cuando se garantizara que iba a ser considerada la opinión de sus hijos e hija.

6°) Que atento a que se encontraban en juego los derechos de los infantes se dio vista a la señora Defensora General de la Nación, quien con carácter previo a emitir su dictamen y a fin de conocer la situación actual de aquellos, mantuvo una entrevista con los infantes con la participación de la perito psicóloga del Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de dicha defensoría, quien posteriormente elaboró el informe que obra a fs. 69/73 de la queja.

A la luz de ello, la señora Defensora General de la Nación afirmó que la solución adoptada avasallaba el interés superior de los niños y la niña quienes a lo largo del juicio habían manifestado una voluntad clara, terminante y sostenida respecto del progenitor con el que deseaban vivir y al colegio al que querían concurrir, y que no se vislumbraba un horizonte en el cual las medidas dispuestas en la sentencia apelada pudieran cumplirse seriamente, ya que la férrea negativa de los tres hermanos sobre tales aspectos, así como a vincularse con su madre, se mantenía inmovible.

En definitiva, concluyó que no podía separárselos del medio familiar actual y desaconsejaba convalidar la medida confirmada por la suprema corte local por ser altamente probable que volviera a fracasar, perjudicando seriamente la estabilidad emocional y psíquica de aquellos. Asimismo, entendió que debía mantenerse el centro de vida en esta ciudad junto al padre y que el contacto con la progenitora debía llevarse a cabo en ese ámbito territorial, dentro de un marco terapéutico y con las modalidades que los especialistas consideraran aconsejables (fs. 74/83 de la queja).

7°) Que este Tribunal, por intermedio de la Secretaría interviniente y con el objeto de tomar contacto personal con los niños y la niña con arreglo a lo previsto por los arts. 3 y 12 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, convocó a una audiencia a la que comparecieron aquellos y el representante de la Defensoría General de la Nación (conf. fs. 85, 90 y 91 de la queja).

8°) Que aun cuando la decisión apelada, dictada en el marco de un proceso sobre medidas cautelares, no constituye -como regla- sentencia definitiva a los fines del recurso extraordinario, este Tribunal ha admitido que pueda reputarse equiparable a tal cuando lo decidido es susceptible de producir un perjuicio que, por su magnitud y las circunstancias de hecho que lo condicionan, podría resultar frustratorio de los derechos constitucionales en que se funda el recurso por ser de insuficiente o tardía reparación ulterior (conf. Fallos: 331:2135 y sus citas).

Ello es lo que sucede en el caso pues, a la luz del desarrollo de los hechos, de lo informado por los especialistas y de lo manifestado por los destinatarios de las medidas aquí dispuestas, mantener, sin más, la solución propuesta por la corte local podría traer aparejado un gravamen de dificultosa o imposible reparación ulterior dada la crucial incidencia en la vida presente y futura de los niños involucrados en el conflicto parental e, incluso, hasta agravar una situación que en la actualidad ya luce seriamente complicada, en desmedro de todos los involucrados.

9°) Que sentado ello, los agravios del recurrente suscitan cuestión federal para su consideración por la vía intentada, desde que ponen en tela de juicio la inteligencia de las normas de un tratado que goza de jerarquía constitucional (art. 75, inciso 22, de la Constitución Nacional, Convención sobre los Derechos del Niño, arts. 3.1 y 12) y la sentencia del superior tribunal de la causa es contraria al derecho que aquel funda en ellas (conf. Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733). Asimismo, el interesado invoca la errónea ponderación de las disposiciones de la ley 26.061 como del art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación, en cuanto receptan las directrices adoptadas en el citado tratado.

10) Que en ese orden de cosas, corresponde a este Tribunal -en su carácter de garante de los derechos y garantías reconocidos en la Ley Fundamental- decidir si en el particular caso sometido a su conocimiento la decisión de la corte local, en cuanto dejó firme el fallo que dispuso i) el reintegro de los niños a su progenitora y ii) la previa revinculación materno-filial a llevarse a cabo en sede provincial, iii) así como también la realización de los tratamientos pertinentes en dicha

sede, se presenta como respetuosa de los derechos consagrados en los ordenamientos referidos y como aquella que mejor responde a los intereses de los sujetos involucrados.

11) Que la Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los conflictos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente (confr. doctrina de Fallos: 328:2870; 341:1733 y sus citas).

En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que involucran a los niños y niñas en todas las instancias, incluida la Corte Suprema, a la cual, como órgano supremo de uno de los poderes del Gobierno Federal, le corresponde aplicar -en la medida de su jurisdicción- los tratados internacionales a los que nuestro país está vinculado, con la preeminencia que la Constitución Nacional les otorga (art. 75, inciso 22, de la Ley Fundamental).

Ello así, pues los niños, niñas y adolescentes tienen derecho a una protección especial que debe prevalecer como factor primordial de toda relación judicial, de modo que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de ellos debe tener prioridad por sobre cualquier otra circunstancia que pueda presentarse en cada caso en concreto, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733). Dicho principio encuentra consagración constitucional en el art. 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en el art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y en los arts. 639, inciso a y 706, inciso c, del Código Civil y Comercial de la Nación.

12) Que en ese marco, este Tribunal ha señalado que dicho principio no debe ser considerado en forma puramente abstracta, sino que su contenido debe determinarse en función de los elementos objetivos y subjetivos propios de cada caso en concreto (conf. Fallos: 328:4343; 331:2047 y 2691; 334:1287 y 335:2307). Se trata de un concepto dinámico y flexible que deberá precisarse de forma individual, con arreglo a la situación particular y a las necesidades personales de los sujetos involucrados, tarea en la que la opinión del infante, la preservación del entorno familiar y el mantenimiento de las relaciones, así como su cuidado, protección y seguridad, se presentan como elementos a tener en cuenta para evaluar y conformar el citado interés superior (confr. Comité de los Derechos del Niño, Observación n° 14, puntos 4; 10/11; 32/34; 36/37; 52/54 y 58/74).

La ley 26.061 define al interés superior del niño como la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en ella, debiéndose respetar: a) su condición de sujeto de derecho; b) el derecho de las niñas, niños y adolescentes a ser oídos y que su opinión sea tenida en cuenta; c) el respeto al pleno desarrollo personal de sus derechos en su medio familiar, social y cultural; d) su edad, grado de madurez, capacidad de discernimiento y demás condiciones personales; e) el equilibrio entre los derechos y garantías de las niñas, niños y adolescentes y las exigencias del bien común; y f) su centro de vida.

Asimismo, el Código Civil y Comercial de la Nación ha establecido a dicho interés superior como principio a tener en cuenta en toda decisión que se dicte en los procesos en que estén involucrados niños, niñas o adolescentes y, con específica vinculación con el caso, como pauta de consideración primordial en el ejercicio de la responsabilidad parental (véase arts. 706, inciso c y 639, inciso a).

13) Que en la apreciación de las diferentes variables que contribuyen a conformar el concepto de “interés superior del niño”, la opinión del niño, niña y adolescente constituye un parámetro que en determinados asuntos adquiere y exige una imperiosa ponderación atendiendo a la edad y madurez de quien la emite, desde que no cabe partir de la premisa de que aquellos son incapaces de formarse un juicio propio ni de expresar sus propias opiniones.

Tanto la citada ley 26.061 como el art. 707 del Código Civil y Comercial de la Nación expresamente así lo contemplan, receptando de ese modo lo dispuesto por el art. 12 de la mencionada Convención sobre los Derechos del Niño en cuanto dispone que “Los Estados Partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez...”. El derecho de todos los niños a ser escuchados constituye uno de los valores fundamentales de la Convención, a punto tal “que no es posible una aplicación correcta del artículo 3 si no se respetan los componentes del art. 12” (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General n° 12, puntos 2 y 74).

14) Que teniendo como premisas las consideraciones señaladas es obligación del Tribunal dar una solución que -en el marco de un contexto teñido por una alta conflictividad familiar que se ha mantenido a lo largo del proceso y que al presente lleva una duración indeseada- se oriente primordialmente a satisfacer las necesidades de los niños y de la niña -hoy dos de ellos adolescentes, por haber alcanzado el restan-

te la mayoría de edad-, del mejor modo posible para la formación o consolidación de su personalidad, lo que obsta adoptar justificaciones de tipo dogmáticas o remisiones a fórmulas preestablecidas (conf. Fallos: 333:1376).

En asuntos en los que las circunstancias objetivas y subjetivas son susceptibles de variar o modificarse a lo largo del tiempo, los responsables de la toma de decisiones que atañen a los niños, niñas y adolescentes deben contemplar medidas útiles que respondan a los cambios que puedan operarse y que se ajusten a la satisfacción del interés superior de aquellos. En tal cometido, la evaluación de la estabilidad y continuidad de la situación presente y futura de ellos adquiere una particular trascendencia.

No se trata solo de otorgar una respuesta limitada a una aplicación mecánica de la ley o a una sujeción irrestricta a ella, sino de adoptar una decisión que, a partir de la realidad pasada y presente, no desatienda la consideración del futuro cercano, a fin de evitar que en la búsqueda de una alternativa posible para satisfacer los distintos intereses en juego y armonizar los derechos -legítimos- de todos los involucrados, se profundice aún más el conflicto familiar en grado tal que pueda llegarse a una vía de no retorno saludable para ninguno de los interesados.

15) Que es en cumplimiento de dicha tarea que este Tribunal debe considerar las circunstancias existentes al momento de pronunciarse, aunque sean sobrevinientes a la interposición del remedio federal (conf. Fallos: 310:670; 311:1810, 2131; 318:625; 321:1393, entre otros), único modo de otorgar una respuesta adecuada y una tutela judicial efectiva, máxime en asuntos que, como se señaló, presentan una dinámica cambiante que incide en la realidad en que se inserta el conflicto.

16) Que ello así, un examen pormenorizado del caso permite afirmar que la suprema corte local no efectuó el análisis que la hermenéutica constitucional y legal exigía, en particular los efectos o consecuencias que podía traer aparejada para los niños y la niña la confirmación de la medida cautelar que ordenaba su reintegro al cuidado de su madre en la forma en que fue dispuesta.

La decisión cuestionada hizo particular mérito de la existencia de un acuerdo de cuidado personal y régimen de comunicación homologado e incumplido por el progenitor, de la falta de acreditación suficiente de los hechos de violencia alegados, así como de la intervención del discurso paterno, pero no ponderó adecuadamente, a la luz del desarrollo de los hechos la incidencia que en la solución que proponía evidenciaba, la concordante y férrea opinión expresada por

los niños y la niña que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su progenitora, así como a vincularse con ella (confr. fs. 164, 166, 193/194, 218/219, 231/233, 254/257, 272/273, 315/317, 509, 529, 529/542, 558, 637/641, 1026/1037, 1127/1132 de los autos principales y 69/73 de esta queja).

Esta expresión de voluntad que ha sido reiterada en la audiencia celebrada ante este Tribunal, en la que ratificaron la postura que vienen manteniendo a lo largo del proceso, resulta relevante a los efectos de determinar el interés superior del niño al que debe atenderse de manera primordial, según se ha manifestado.

17) Que en efecto, no pudo pasar desapercibido que tal actitud, mantenida –con algunos vaivenes que fueron perdiendo entidad con el tiempo- al margen de que pudo haberse originado en la alienación con el discurso paterno ayudado por la posición de la madre (conf. informe fs. 1127/1132 de los autos principales)-, no ha podido ser revertida pese a las distintas intervenciones judiciales y tuvo como correlato el constante fracaso de todas las estrategias de revinculación con su progenitora y, en consecuencia, la consiguiente imposibilidad de hacer efectiva la decisión de reintegro confirmada por la Suprema Corte local.

Tampoco tuvo resultado positivo el traspaso forzoso dispuesto respecto de la institución educativa ante la inflexible resistencia de aquellos, pese a las diferentes estrategias que se intentaron. Ello condujo a que el colegio ubicado en la jurisdicción de Campana rechazara la matriculación para el ciclo escolar 2018, motivo por el cual fueron nuevamente escolarizados en la institución educativa a la que asistían en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires (véase fs. 1206).

La decisión persistente de insistir con retornar a una convivencia con la progenitora que los hoy adolescentes rechazan y de continuar con un proceso de revinculación judicial forzado, no hizo más que profundizar el gravísimo conflicto de relación materno-filial y familiar, derivado principalmente de la incapacidad de los adultos responsables de poder arribar a un acuerdo en lo referente al cuidado personal de sus hijos.

18) Que la exigencia legal que impone a los jueces escuchar la opinión de los niños no implica el cumplimiento de una mera formalidad ni impide que aquellos puedan desatender sus preferencias si de los elementos obrantes en la causa surge que satisfacerlas no es conducente al logro de su superior interés.

Empero, cuando las circunstancias del caso advierten sobre la necesidad de atender sus expresiones, es responsabilidad de los magistrados adoptar una deci-

sión que, al contemplarlas, conjugue de la mejor forma posible todos los intereses en juego sobre la base de parámetros sustentados en una razonable prudencia judicial y teniendo en miras que es la conveniencia de la persona en formación lo que debe guiar la labor decisoria. Máxime cuando dichas expresiones se han mantenido inalteradas en el tiempo pese a los intentos orientados a lograr una morigeración de su contenido y no se avizora la posibilidad cierta de modificación en las condiciones actuales.

19) Que las consideraciones expuestas no importan convalidar el actuar del progenitor que trasladó de manera unilateral a sus hijos a esta ciudad hace ya más de cinco años ni implica desconocer el derecho de los progenitores a decidir, de común acuerdo, las cuestiones que hacen a la responsabilidad parental, como tampoco la validez de los acuerdos que se celebren en tal sentido y menos aún -y aquí reside lo medular de la decisión- poner en discusión que debe buscarse una alternativa para que, de algún modo, pueda lograrse la concreción de un proceso de acercamiento y/o revinculación de estos niños y niña -hoy adolescentes- con su progenitora.

Frente a la nota de provisoriedad que gobierna estas cuestiones, se trata de verificar la razonabilidad de anclar una solución en la ponderación de un acuerdo adoptado en un momento determinado de la vida familiar cuando las circunstancias que lo motivaron se han visto modificadas por distintas razones -cuya ponderación es objeto de un análisis diferente- y cuando su cumplimiento conlleva desoír la clara manifestación de voluntad en sentido contrario a lo allí convenido de quienes, en definitiva, son los principales destinatarios, con riesgo de provocar consecuencias no deseadas.

20) Que constituye un deber ineludible de los jueces adoptar decisiones que procuren resguardar el derecho recíproco de comunicación materno-filial como el deber del padre conviviente de garantizarlo (conf. arts. 652 y 655, inciso d, del Código Civil y Comercial de la Nación); empero, en el caso el devenir de los acontecimientos ha demostrado que tal cometido no puede concretarse en las condiciones y el modo dispuestos por las decisiones judiciales que vienen siendo cuestionadas.

Las constancias de la causa dan cuenta de que ello no ha dado ningún resultado positivo para los involucrados, a punto tal que los expertos intervinientes en las distintas instancias han considerado que la cronicidad del conflicto familiar reviste características de gravedad pues los niños viven la actual intervención judicial como “un castigo para ellos” y sienten que es a ellos a los que se les imponen las consecuencias de

las decisiones que se adoptan (conf. fs. 1127/1132 del expte. principal).

A tal efecto resultan elocuentes las distintas consideraciones y conclusiones formuladas por el Cuerpo de Peritos y Consultores Técnicos de la Defensoría General de la Nación en su informe en punto a que el fracaso sistemático de las medidas judiciales impuestas ha llevado a la disfuncionalidad familiar a una etapa de marcada gravedad y a la necesidad de considerar medidas alternativas de resolución de la problemática que eviten procesos de victimización secundaria y la imposición de una metodología que ya ha fracasado en el pasado, al tiempo que dan cuenta de la posible implementación como recurso terapéutico de lo que se denomina “una desvinculación constructiva” para encarar un nuevo vínculo desde otra perspectiva (véase informe a fs. 69/73 de la queja).

La necesidad de afrontar la revinculación materno-filial desde otro enfoque y recurriendo a una técnica que difiera de la hasta ahora intentada sin resultados concretos favorables, aún en su mínima expresión, se ve reflejada en el último informe acompañado por la institución que tenía a su cargo el proceso de revinculación en esta jurisdicción -por decisión de las partes- que pone de manifiesto la seria y conflictiva situación del grupo familiar que ha llevado a dar por concluida su intervención en el asunto dada la imposibilidad de continuar con el mismo (confr. informe acompañado en formato digital del 15 de abril de 2021).

21) Que frente a las circunstancias actuales, mantener lo resuelto en las distintas instancias -reintegro de los niños a la progenitora- no resulta viable ni acorde con la prudencia y la mesura que deben primar en la búsqueda de dar solución a conflictos en los que se encuentran involucrados los derechos e intereses de los niños, niñas y adolescentes. Esta Corte Suprema ha tenido oportunidad de señalar que “los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños” (Fallos: 331:941).

En virtud de ello, la decisión que se adopte respecto de la conflictividad familiar que impera en el caso deberá inevitablemente atender a la evolución que tenga el tratamiento psicológico que deben mantener los hoy adolescentes y los adultos -cuya continuación y debida acreditación resultan esenciales para el resguardo de su integridad- tendiente a recomponer los lazos familiares y a alejar miedos e inseguridades de los primeros, paso imprescindible para arribar posteriormente al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación, todo ello sujeto a sus necesidades (confr. informe citado a fs. 69/73 de la queja).

Para el logro de dicho cometido, resultará imprescindible que, por un lado, el progenitor conviviente extreme sus esfuerzos a fin de permitir que el vínculo con el progenitor no conviviente pueda ir restableciéndose en un clima de paz y tranquilidad, evitando circunstancias que puedan llegar a agravar la situación personal de los involucrados que, de por sí, ya se encuentra en un estado delicado y, por el otro, que la progenitora adopte idéntica conducta con el propósito de ir recreando una relación materno-filial que, indefectiblemente, se ha ido perdiendo con el tiempo.

Asimismo, constituirá una nota esencial para alcanzar una solución que permita un acercamiento familiar genuino y adulto -con los tiempos propios que demandan las relaciones interpersonales- que ambos progenitores enfoquen su atención en la persona de sus hijos y dejen de lado cualquier desavenencia entre ellos que configure un obstáculo, impedimento o dificultad para el avance en la vinculación familiar.

22) Que en ese orden de ideas, dada la alta conflictividad que se advierte entre las partes -puesta de manifiesto por la suprema corte local al hacer referencia a la cantidad de causas judiciales existentes- y en consonancia con la finalidad protectoria del interés superior del niño que guía la decisión que se adopta, el Tribunal encomienda a los progenitores, principalmente, como también a los magistrados, a profundizar sus esfuerzos para lograr soluciones respetuosas de los derechos y la condición personal de los niños en plena formación, entre los que se encuentra el de mantener relaciones y contacto directo y permanente con ambos padres, no cabe admitir que pueda verse lesionado como consecuencia de sus comportamientos. Constituye deber de aquellos extremar las medidas a su alcance tendientes a hacerlo efectivo (conf. arts. 3, 9, 10 y 11 de la Convención sobre los Derechos del Niño; art. 11 de la ley 26.061).

Por ello, y habiendo tomado intervención la señora Defensora General de la Nación, se hace lugar a la queja, se declara formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto y, con el alcance indicado, se revoca la sentencia apelada. Vuelvan los autos al tribunal de origen a fin de que, por medio de quien corresponda, proceda a dictarse un nuevo fallo con arreglo a lo expresado. Costas de esta instancia en el orden causado en atención al tema debatido. Agréguese la queja al principal, notifíquese y devuélvanse las actuaciones. — *Horacio Rosatti*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación y el respeto por los derechos de la niñez

Juan Pablo Ríos^(*)

Antonella Caro^(**)

Sumario: I. Introducción.— II. El caso.— III. Argumentos.— IV. Un especial llamado de atención.— V. Centro de vida.— VI. Conclusiones.

I. Introducción

La dinámica de las relaciones familiares y los cambios constantes que operan sobre la vida de las personas exigen una mirada atenta de la magistratura durante el proceso judicial. Es que las circunstancias que se presentan originariamente pueden variar de manera significativa, mutando el contexto y con ello los vínculos que se desarrollan en la familia. Dichos supuestos desencadenan en reiteradas oportunidades efectos nocivos, principalmente en aquellos procesos en los que se encuentran involucrados los derechos de niños, niñas y adolescentes —en adelante, NNyA—.

En este marco, se analiza un fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que, en el marco de una medida cautelar que ordenó el reintegro de dos niños y una niña al cuidado de su madre, hizo lugar a la queja y admitió el recurso extraordinario interpuesto por el progenitor.

II. El caso

Con fecha 12/10/2015, un progenitor retiró a sus tres hijos menores de edad —quienes con-

taban en esa época con 8, 4 y 3 años— del colegio donde asistían en la localidad de Campana (prov. de Buenos Aires), llevándolos a vivir con él a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires e inscribiéndolos en un instituto educativo de dicha jurisdicción.

Cabe señalar que los niños residían en Campana junto a su progenitora, lo que había sido acordado y homologado en el marco de un juicio de divorcio; por su parte, el padre tenía a su favor un amplio régimen comunicacional con la niña y los niños a cumplirse en la CABA, donde había mudado su residencia.

El padre sostuvo que procedió de tal manera debido a que los niños recibían malos tratos de su madre, por lo que solicitó la adopción de medidas de resguardo para su integridad.

En este contexto, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil confirmó la decisión del juez de primera instancia que había declarado la competencia del Juzgado de Familia N° 1 del Departamento Judicial de Zárate-Campana, y dejó sin efecto la medida cautelar de prohibición de acercamiento de la progenitora en relación con sus hijos y con el progenitor, y ordenó al padre abstenerse de impedir el contacto de los niños con la madre.

Con fecha 29/12/2015, la juzgadora admitió el pedido de la progenitora y ordenó el reintegro cautelar de los niños, encomendando la realización de tratamientos psicológicos, peritajes

(*) Abogado especializando en Derecho Judicial y de la Judicatura (UCC); adscripto a la cátedra "B" de Derecho Privado VI (Familia y Sucesiones) (Fac. de Derecho, UNC); investigador del Centro de investigaciones Jurídicas y Sociales (Fac. de Derecho, UNC).

(**) Abogada; especialista en Derecho de Familia (Fac. Derecho, UNC).

psiquiátricos e informes socioambientales con respecto al grupo familiar. Para así resolver, la magistrada tuvo en cuenta: i) el acotado marco cognoscitivo del proceso cautelar; y ii) la vigencia del acuerdo homologado sobre régimen de cuidado personal y de comunicación, considerando que no existía riesgo para los niños que convalide la vía de hecho ejecutada por el demandante. Asimismo, entendió que la manifestación de los niños de oponerse a la revinculación materna, no se trataba de una opinión genuina, sino inducida por el padre.

En oportunidad de llevarse a cabo el reintegro de las menores de edad a su madre, este no pudo efectuarse debido a los llantos y gritos de los niños.

Con fecha 25/02/2016, se intimó al padre de la niña y los niños a inscribir a sus hijos en el colegio de Campana y trasladarlos diariamente. Posteriormente, se le ordenó acreditar el inicio de tratamiento psicológico —lo que fue apelado por la asesora de menores y el progenitor—.

Ante los pedidos de la progenitora, con fecha 05/09/2016, se dispuso que, hasta tanto se resolvieran los recursos de apelación, no se encontraban dadas las condiciones para modificar la situación de los infantes y restituirlos sin más a la madre. En este contexto, se ordenó el inicio de una terapia de revinculación con la madre en sede provincial y se exhortó al progenitor a su cumplimiento, lo que también fue impugnado por las partes intervinientes.

Por su parte, la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Zárate-Campana rechazó los planteos propuestos, y destacó que, si bien los niños manifestaron su negativa a la convivencia con su madre, también dejaron a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con ella. Estimó que era imperioso reanudar la necesaria vinculación de los niños con su progenitora, lo que debía efectuarse por medio de un perito.

Contra dicho pronunciamiento el progenitor interpuso recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley por ante la Suprema Corte de Justicia de la provincia de Buenos Aires, el que fue desestimado. El máximo tribunal provincial ponderó: i) la existencia de acuerdos vigentes

sobre el cuidado personal y el régimen de comunicación; ii) que los hechos de violencia alegados no habían sido probados; y iii) que, pese a que se había ordenado al progenitor abstenerse de dificultar el contacto de sus hijos con la madre, dicha vinculación no había podido llevarse a cabo. Entendió que, previo a la ejecución de la orden de reintegro, se dispusiera un régimen de contacto paulatino y asistido de los niños con su progenitora, para que la medida se llevara a cabo en un contexto de paz y tranquilidad.

Seguidamente, el progenitor interpuso recurso extraordinario federal que, desestimado, originó la queja. Se agravó atento a que no se han ponderado las normas de la Convención sobre los Derechos del Niño y ley 26.061, en cuanto refieren al derecho de los NNyA a expresar libremente su opinión y a que sea tenida en cuenta a la hora de resolver cuestiones que los involucren. Agregó que se desconoció el carácter de sujetos de derecho de sus hijos y se dejó de lado el interés superior y su capacidad progresiva.

Por su parte, la defensora general de la Nación sostuvo que lo resuelto avasallaba el interés superior de los niños, quienes durante el proceso expresaron una voluntad clara, terminante y sostenida respecto del progenitor con el que deseaban vivir y al colegio al que querían concurrir. Señaló que no podía separárselos del medio familiar actual y desaconsejaba convalidar la medida confirmada por la corte local por la alta probabilidad de que volviera a fracasar. Finalmente, entendió que el contacto con la madre debía llevarse a cabo en la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, dentro de un espacio terapéutico.

En este marco, la Corte Suprema de Justicia de la Nación hizo lugar a la queja planteada y declaró formalmente admisible el recurso extraordinario interpuesto, revocando la sentencia apelada. Asimismo, ordenó remitir la causa al tribunal de origen para que, por medio de quien corresponda, proceda a dictar un nuevo fallo.

III. Argumentos

Entre los fundamentos brindados por el tribunal cimero, se destacan los siguientes: i) el interés superior de los NNyA; ii) la falta de ponderación adecuada de la opinión de los NNyA; iii) la alta conflictividad familiar; iv) el fracaso

de las estrategias de revinculación con la progenitora; y v) el cambio de las circunstancias originarias.

III.1. *El interés superior de los niños*

En el caso, la CS hizo hincapié en la necesidad de resolver cuestiones que conciernan a los derechos de los NNyA, teniendo como norte su interés superior, por sobre cualquier otro interés (1). En otras palabras, es desde este principio que la magistratura debe partir para valorar los derechos en juego.

El supremo tribunal de la Nación focalizó en que este es un concepto dinámico y flexible, que debe reflejarse en el caso concreto. En esta línea, la doctrina ha conceptualizado el principio “como el conjunto de bienes necesarios para el desarrollo integral y la protección de la persona, pero entendido este por el que más conviene en un momento dado, en una cierta circunstancia y analizado en concreto su caso particular” (2).

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de la opinión consultiva 17/2002, señaló que el interés superior debe ser entendido como la premisa bajo la cual se debe interpretar, integrar y aplicar la normativa de la niñez y de la adolescencia, constituyendo un límite a la discrecionalidad de las autoridades en la adopción de las decisiones relacionadas con los niños.

Asimismo, el Comité de Derechos del Niño en su obs. gral. 14/2013, sobre el derecho del niño a que su interés sea una consideración primordial, se ha extendido acerca del contenido de este estándar, al que define como concepto triple: un derecho, un principio y una norma procesal (3).

En este punto, es menester insistir en que la protección que se efectúe del interés superior del niño no puede ser ajena a las circunstancias

que se presentan al momento de resolver, atendiendo a las particularidades del contexto real y concreto que se esté analizando. No pueden realizarse afirmaciones dogmáticas y pretender cumplir así con la manda convencional-constitucional de proteger el interés superior del niño.

Para lograr una resolución razonablemente fundada (art. 3º, Cód. Civ. y Com.), se debe explicar por qué se considera que la decisión arribada es la que mejor responde en determinado momento a los derechos, las necesidades y el desarrollo integral de los NNyA involucrados (4). Se concreta con un criterio interdisciplinario y atiende a que se respeten las necesidades de los niños conforme a sus requerimientos físicos, espirituales, emocionales, educativos, religiosos, etc.; todo ello, por encima de los derechos que conciernen a sus progenitores.

Se recuerda que la Convención sobre los Derechos del Niño instauró el paradigma de la protección integral, que concibe al NNyA como “sujeto” titular de los mismos derechos de los que resultan titulares los adultos, más un “plus” de derechos específicos que se le da debido a su condición de personas en desarrollo (5).

En efecto, cuando los NNyA están inmersos en un conflicto —en este caso, familiar—, todos sus miembros se ven afectados por el contexto, tornándose necesario reestructurar la organización de la familia y generarse así un nuevo orden, a partir de los intereses de los niños. Como bien destaca la CS, la responsabilidad parental debe ser ejercida en torno a ese interés.

(4) Los pronunciamientos deben tener sustento jurídico y fáctico. Esta es una garantía de orden convencional, de particular importancia a la hora de justificar las opciones escogidas por el juez para juzgar el litigio, y solo bajo esa condición es posible el control de la validez y aceptabilidad racional de la decisión. Véase: Cfr. BERMEJO, Patricia – PAULETTI, Ana C. – ESPERANZA, Silvia L. – DE LOS SANTOS, Mabel, “Capítulo XI: Procesos de familia”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, Aída – HERRERA, Marisa – LLOVERAS, Nora (dirs.), *Tratado de derecho de familia*, t. V-B, Actualización doctrinal y jurisprudencial, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2016, p. 650.

(5) Cfr. FAMÁ, María Victoria – HERRERA, Marisa, “Crónica de una ley anunciada y ansiada”, ADLA 2005-E, 5809.

(1) El art. 3º de la ley 26.061 establece por ISN “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos en esta ley”.

(2) Cfr. BIOCCA, Stella M., “Interés superior del niño”, RDF, nro. 30, marzo-abril, 2005, p. 23.

(3) Cfr. DUPRAT, Carolina, “Responsabilidad parental”, Ed. Erreius, Buenos Aires, 2019, p. 29.

La experiencia demuestra que las tensiones que germinan en los vínculos familiares conllevan más de un interés válido en juego, que muchas veces tienen en su base un derecho reconocido por el sistema jurídico. No se trata de conflictos en los que deba hablarse estrictamente de un vencedor y un vencido, sino de plataformas fácticas que deben resolverse respondiendo a un interés que, de entre todos los que se encuentran involucrados, es el que debe protegerse con prioridad —en el caso, el interés superior de los NNyA—.

El estrechamiento de las relaciones familiares y la necesidad que tienen los hijos de mantener una vinculación permanente con los progenitores, son cánones unánimemente aceptados. Sin embargo, ello es así, en tanto y en cuanto no medien circunstancias cuya realidad imponga otro proceder.

III.2. La falta de ponderación adecuada de la opinión de los niños

Es dable destacar que el principio del interés superior del niño está directamente vinculado con el derecho del NNyA a ser oído y a que su opinión sea tenida en cuenta al momento de resolver.

Si bien estos dos principios y derechos son interdependientes entre sí, se complementan. Tal como establece la obs. gral. 12, “no es posible una aplicación correcta del art. 3º si no se respetan los componentes del art. 12. Del mismo modo, el art. 3º refuerza la funcionalidad del art. 12 al facilitar el papel esencial de los niños en todas las decisiones que afecten a su vida” (párr. 74).

Respecto de este derecho a ser oído, el art. 24 de la ley 26.061, así como el art. 707 del Cód. Civ. y Com., son corolario de lo establecido en el art. 12, párr. 1º, de la CDN, que establece que “[l]os Estados partes garantizarán al niño que esté en condiciones de formarse un juicio propio el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que afectan al niño, teniéndose debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de la edad y madurez del niño”.

En esta misma línea se enmarcan las Reglas de Brasilia de Acceso a Justicia para Personas en Condición de Vulnerabilidad, es decir, aquel

conjunto de disposiciones (100 reglas) que consagran los estándares básicos para garantizar el acceso a la justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (6).

Los NNyA son posicionados como ciudadanos y se les reconoce la posibilidad de la defensa de sus derechos, estableciendo dos formas de participación en el proceso: siendo oído y siendo parte.

Ello, en consonancia con lo establecido en el art. 12 de la CDN, que estipula: “2. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado, en todo procedimiento judicial o administrativo que afecte al niño, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la ley nacional”.

El hecho de que la opinión del NNyA sea tomada primordialmente en cuenta al momento de arribar a una decisión la convierte en una verdadera pauta; pero no por ello dicha opinión debe ser vinculante a la hora de resolver.

Se advierte que la participación del NNyA en el proceso, a través de la recepción de su opinión —derecho tutelado por nuestra carta magna e interpretado en un sentido amplio dentro de un sistema de garantías constitucionales y convencionales—, se configura como un acto modular por antonomasia para el correcto ejercicio de sus derechos, si lo que se persigue es una participación real, y no meramente formal, en el proceso o trámite que lo afecte desde cualquier esfera del Estado.

Las leyes que componen el sistema de protección integral imponen el deber de hacer efectivas todas las medidas y las políticas públicas que aseguren la concreción real de todo lo regulado, ya que de lo contrario todo el sistema se transformaría en una mera declaración librada al más puro voluntarismo (7).

(6) Cfr. MEDINA, Graciela, “Acceso a justicia de personas en condición de vulnerabilidad. Las 100 Reglas de Brasilia. En género, discapacidad y pobreza”, LA LEY del 14/11/2017, 1; LA LEY, 2017-E, 663; AR/DOC/2970/2017.

(7) BARONI, María Cecilia, “El abogado del niño”, *Revista Jurídica del Nordeste Argentino* nro. 3, junio 2017, 21/06/2017; IJ-CCCVL-196.

En el caso que se comenta, la CS destacó que, en determinados asuntos, la opinión de los NNA requiere de una especial ponderación, teniendo en cuenta la edad y el grado de madurez a partir del que se expresa esa opinión.

La valoración que debe hacerse sobre los deseos expresados por la persona menor de edad, está directamente relacionada con el principio de autonomía progresiva, que ha sido definido como el derecho del niño o adolescente a ejercer ciertas facultades de autodeterminación, en la medida que adquiere la competencia para comprender las situaciones que puedan afectar su persona (8).

En efecto, este principio surge del juego entre tres pilares sobre los que se construyen los derechos humanos de NNA, a saber: su reconocimiento como sujeto de derecho, el interés superior de NNA y el derecho a participar (ser oído) (9).

El principio de la autonomía o capacidad progresiva ha sido recogido por la ley 26.061 y por el Cód. Civ. y Com. y se presenta como una pauta clave a la hora delimitar los alcances del ejercicio de los derechos de los NNA.

En el presente caso, la opinión de los menores de edad involucrados fue escuchada personalmente por el cintero tribunal, previo a dictar resolución.

Cabe señalar que, tanto al iniciarse la intervención judicial —cuando los niños tenían 8, 4 y 3 años de edad—, como al intervenir la CS luego de seis años —siendo dos de ellos adolescentes y uno mayor de edad—, los tres hermanos mantuvieron la postura de no querer regresar a vivir con su madre.

En este orden de ideas, sin perjuicio de las circunstancias particulares que rodeen el caso, la

(8) GROSMAN, Cecilia, "Comentario al art. 639 del Código Civil y Comercial de la Nación", en BUERES, Alberto J. - SPIRI, Jorge O. (coord.), *Código Civil y Comercial de la Nación y normas complementarias. Análisis doctrinal y jurisprudencial*, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2016, t. 2, "Relaciones de familia", ps. 672 y ss.

(9) HERRERA, Marisa, "Autonomía progresiva y derecho a la salud de adolescentes. Un cruce en disputa", LA LEY del 19/06/2019, p. 2, AR/DOC/1803/2019.

prueba producida y los factores que hacen al contexto —la edad cronológica— tienen gran importancia. Pues, frente a supuestos como el presente, al tratarse del cambio de residencia, cuidado personal y régimen comunicacional de los hijos, es sustancialmente diferente la opinión de un niño/a de cuatro años que la de un/a joven de dieciséis (10).

En otras palabras, la opinión expresada originariamente debería haber ganado peso a la hora de tomar una decisión, a medida que avanzaba el proceso y los tres menores de edad desarrollaban progresivamente su visión propia del conflicto.

Tal como lo destacó el Supremo Tribunal, se vislumbra que, en las instancias inferiores a la CS, se ponderaron los acuerdos previos entre la madre y el padre, la falta de prueba de los hechos que supuestamente fundaron el actuar del progenitor, así como la influencia de este último en el discurso de los menores de edad —hoy uno de ellos mayor de edad— sin ponderar la concordante y férrea opinión de ellos de no querer regresar ni revincularse con la progenitora. Si bien se destacó que esta opinión tuvo algunos vaivenes, ya que en algún momento dejaron a salvo la alternativa de mantener encuentros supervisados con la progenitora, la oposición de la niña y los niños no había podido finalmente ser revertida pese a las intervenciones intentadas.

Es necesario señalar que la opinión de la niña y los niños, además de haber sido expresada verbalmente, se reflejó en todos los intentos de reintegro y revinculación.

Así, surge de la lectura del fallo que no pudo efectivizarse la medida de reintegro, debido al grave episodio de llantos y gritos de la niña y los niños; tampoco pudo llevarse a cabo la vuelta al colegio al que asistían antes de vivir con su progenitor debido a la resistencia inflexible de los menores de edad, por lo que la institución educativa terminó denegando la solicitud de matriculación; lo mismo sucedió con el inten-

(10) MIGNON, María Belén, "La participación procesal de niños, niñas y adolescentes", en ORLANDI, Olga - FARAONI, Fabián - KOWALENKO, Andrea (dirs.), *Derecho de niñez y adolescencia. Hacia una disciplina autónoma*, Ed. Nuevo Enfoque Jurídico, Córdoba, 2021, p. 366.

to de revinculación en la institución que tenía a su cargo este proceso —por decisión de las partes—, establecimiento que dio por concluida su intervención en el asunto, dada la imposibilidad de continuar con ella.

Es decir, que la niña y los niños reafirmaron con sus comportamientos lo que ya habían manifestado verbalmente cuando se los escuchó.

En este orden de ideas, se puede afirmar que la manda legal de oír al niño excede la acción de simplemente escuchar sus expresiones verbales. En esta dirección, se ha afirmado que los NNyA pueden ser oídos no solo a través de su palabra, sino también por sus síntomas (11).

Se hace imperioso en muchos casos acudir a otros profesionales (psicólogos, asistentes sociales, médicos, etc.) que tengan herramientas para realizar una escucha activa e integral de la persona menor de edad, para poder así ingresar en real contacto con la vivencia del NNyA en relación con la situación particular sobre la que se está resolviendo.

En el caso, todos los profesionales intervinientes indicaron la inconveniencia de insistir con la revinculación de la manera en que se lo venía haciendo, so pena de recrudecer el conflicto a tal punto de no poder desarticularse.

Quizás en un intento de no quebrantar el vínculo materno-filial sin fundamentos comprobados, se pecó por someter a los niños a una revinculación a la que se opusieron sistemáticamente. Tan es así, que terminaron por sentirse castigados, revictimizados, por las medidas judiciales tomadas.

Más allá de que el discurso de los niños pueda verse influido en parte por el progenitor, se torna necesario resolver sobre la base de las circunstancias actuales del caso, sin perder de vista la provisoriedad que es propia de las resoluciones en el fuero de familia. Y tales circunstancias, estaban marcadas por la resistencia que demostraban los niños cuando se intentaban efectivizar las medidas de revinculación.

(11) HERNÁNDEZ, L. B. - UGARTE, L. A., "Régimen de comunicación parental interprovincial e interés del niño frente a la emergencia sanitaria", AR/DOC/2713/2020.

III.3. La conflictividad familiar, el fracaso de las estrategias de revinculación y el cambio de las circunstancias originarias

A la par de los argumentos mencionados *supra*, la CS también fundó su decisión en la escalada que fue surtiendo el conflicto familiar a lo largo del proceso; el fracaso de las estrategias que se habían intentado para que los menores de edad retornaran a la residencia de la madre y retomaran el vínculo con ella; y en las circunstancias, que ya no eran las mismas que al inicio de las actuaciones judiciales.

En esta dirección, el máximo tribunal resaltó que "[e]n asuntos en los que las circunstancias objetivas y subjetivas son susceptibles de variar o modificarse a lo largo del tiempo, los responsables de la toma de decisiones que atañen a los niños, niñas y adolescentes deben contemplar medidas útiles que respondan a los cambios que puedan operarse y que se ajusten a la satisfacción del interés superior de aquellos. En tal cometido, la evaluación de la estabilidad y continuidad de la situación presente y futura de ellos adquiere una particular trascendencia".

Quizá sean las relaciones familiares los vínculos más fluctuantes a los que se enfrenta la magistratura. Hay detrás de estos conflictos emociones muy íntimas y profundas, que mutan a medida que pasa el tiempo. Las disputas de intereses pueden ir deconstruyéndose, para volver a reconstruirse desde otra dinámica, o bien, pueden recrudecerse.

Estimamos que el desafío radica en poder resolver con miras a la dinámica particular que tienen las relaciones interpersonales que están en juego; bajo el riesgo de dictar resoluciones que carezcan de eficacia, o peor aún, que lleven a un resultado perjudicial, como ocurrió en las instancias inferiores.

Se trata de resolver no con base en cómo debería ser la dinámica familiar ideal y deseada, sino respondiendo a las circunstancias fácticas tal cual son.

En el caso, se aclaró que lo resuelto no implicaba desconocer los acuerdos previos entre los progenitores, ni convalidar el actuar del progenitor que trasladó de manera unilateral a sus

hijos a esta ciudad, ni poner en tela de juicio el derecho de los progenitores a decidir, de común acuerdo, las cuestiones que hacen a la responsabilidad parental. Sin embargo, se tomó como eje la necesidad de buscar otra alternativa, a los fines de resolver la crisis que atraviesa el vínculo materno-filial, atento a la ineficacia reiterada de las medidas que se venían intentando y el efecto perjudicial que ello provocaba en los niños.

Compartimos lo dicho por el máximo tribunal, en cuanto a que es esencial responder a la particularidad de las circunstancias, más allá de que, en el caso que nos ocupa, el conflicto se pueda haber generado injustamente en el actuar del progenitor.

No deja de vislumbrarse que, al inicio de las actuaciones, y según surge de la lectura del fallo, no había pruebas de peso que condujeran a tomar una medida urgente, y que se reflejó en el discurso de la niña y los niños una influencia por parte del padre.

Sin embargo, en el primer fracaso de la medida de reintegro por la férrea resistencia de los menores de edad a volver a la casa de la progenitora, puede observarse la alarma que indicaba la imprudencia de insistir con una vía de acción que revictimizaba a la niña y los niños involucrados.

En este sentido, se destaca lo sostenido en otros precedentes de la CS en relación con que “[l]as sentencias deben atender a las circunstancias existentes al momento de la decisión, aunque ellas sean sobrevinientes a la interposición de los recursos” (12).

Y es que todas las decisiones referentes a cuestiones en que se encuentran involucradas las personas menores de edad —respecto de su cuidado, comunicación y alimentos— son provisionarias, toda vez que lo decidido hoy puede no resultar conveniente mañana y, de invocarse razones de entidad suficiente que incidan sobre su interés superior, las nuevas circunstancias podrán dar lugar a transformaciones sustanciales.

Y esto tiene que ver justamente con los procesos de crisis y reorganización que se dan en

el seno de las familias, particularmente luego de una separación o divorcio, lo que exige de parte de la magistratura la flexibilidad que responda a los cambios que van surgiendo a lo largo del proceso. Esto, so pena de responder a una traba de la litis que ya no subsiste, dictando resoluciones dogmáticas que ninguna justicia hagan al caso.

En el fallo bajo análisis, puede leerse que, en palabras de los especialistas, urgía una “desvinculación constructiva” para encarar el vínculo materno-filial desde otra perspectiva que hiciera eco de la voluntad de los niños, hoy ya adolescentes.

En este punto, se ve reflejada —como ya se señaló— la importancia de que la magistratura acuda a los conocimientos de otros profesionales, como psicólogos, psiquiatras, trabajadores sociales, a los fines de “entender las posibilidades de cada uno de los integrantes, los condicionamientos y limitaciones, y prevenir el agravamiento del conflicto” (13). Ello atento a la complejidad y las distintas aristas que pueden presentar los vínculos.

En definitiva, luego del fracaso sistemático de las medidas, desde el primer intento de restitución y hasta la tentativa de llevar a cabo una revinculación en institución elegida por las partes, la plataforma fáctica ya no era la misma que al inicio del proceso judicial. El recrudecimiento del conflicto exigía claramente cambiar el rumbo de acción, so pena de no encontrar vía de retorno, en perjuicio de todo el grupo familiar.

IV. Un especial llamado de atención

Finalmente, el fallo bajo análisis subraya las omisiones incurridas por las instancias inferiores, e indica una serie de conductas a seguir por los progenitores como necesarias para el fortalecimiento de los vínculos familiares.

(13) Cfr. CAPPELLETTI, Marina - VALOR, Diana; DEPETRINI, Magalí, "Comentario al art. 67 del Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba", en LLOVERAS, Nora - ORLANDI, Olga - FARAO-NI, Fabián (dirs.), *Código de Procedimiento de Familia de la Provincia de Córdoba. Comentado - Concordado*, Ed. Mediterránea, Córdoba, 2017, t. I, ps. 308-312.

(12) Fallos 335:905 y 318:2438; entre otros.

En primer término, se destaca que la suprema corte local no efectuó el análisis correcto de la hermenéutica constitucional y legal, y no ponderó adecuadamente la opinión expresada por los NÑyA que se oponían y se oponen a volver a residir y a estar al cuidado de su madre. Asimismo, se indica que es un deber de la magistratura adoptar decisiones que procuren resguardar el derecho recíproco de comunicación materno-filial como el deber del padre conviviente de garantizarlo. Agregando que los jueces deben pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando los destinatarios son los niños.

Lo cierto es que la magistratura debe tener una mirada puntillosa de las causas que involucran a personas vulnerables —en el caso, los niños (hoy adolescentes y adulto)—, por lo que la defensa en juicio y el debido proceso adjetivo deben observarse con mayor rigurosidad debido a la situación de fragilidad, en la cual pueden encontrarse las partes en el juicio.

Es que, el derecho exige un plus de protección para dichas personas cuando estén insertas en un proceso judicial.

El rol de la magistratura ante el caso judicial, y ante la actuación en el proceso de sujetos vulnerables, no puede asumir las características del siglo XX, debiendo sumar claramente a su rol de juez, el acompañar, la realización de los derechos fundamentales (14).

De ahí que la CS entiende que la resolución que se tome debe inevitablemente atender a la evolución del tratamiento psicológico que deben mantener los hijos, lo que se considera el paso necesario para llegar al establecimiento de una paulatina, adecuada y saludable revinculación, todo ello sujeto a sus necesidades.

Respecto de los progenitores, se señala como imprescindible que: i) el padre conviviente extreme sus esfuerzos para permitir que el vínculo con el progenitor no conviviente se restablezca en un clima de paz y tranquilidad; y que la progenitora adopte la misma conducta con el

fin de ir recreando una relación materno-filial; y ii) que ambos progenitores enfoquen su atención en la persona de su hija y sus hijos y dejen de lado cualquier desavenencia entre ellos que configure un obstáculo para el avance en la vinculación familiar.

En suma, la observación que realiza la CS no es más una exhortación a los progenitores a que realicen un correcto ejercicio de las obligaciones que derivan de la responsabilidad parental.

En efecto, ambos progenitores deben asumir con compromiso la responsabilidad que les encomienda la ley y ser conscientes de la importancia que tienen sus conductas y sus actitudes en la búsqueda de un devenir pacífico de las relaciones familiares.

V. Centro de vida

Dadas las particulares circunstancias del caso, con especial atención al tiempo transcurrido desde el comienzo del conflicto hasta la fecha de la resolución de la CS —seis años—, surge con meridiana claridad que los adolescentes han mutado su centro de vida de la localidad de Campana a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires.

En relación con esta noción, el art. 3º, inc. f) de la ley 26.061 establece que “[s]e entiende por centro de vida el lugar donde las niñas, niños y adolescentes hubiesen transcurrido en condiciones legítimas la mayor parte de su existencia”.

Por su parte, el decreto reglamentario de la ley 26.061, efectúa un desarrollo más exhaustivo —en coincidencia con lo que aportan otros tratados internacionales ratificados por la República Argentina en materia de sustracción y restitución de personas menores de edad— de la noción de “centro de vida”, y establece que “el concepto de ‘centro de vida’ a que refiere el inc. f) del art. 3º se interpretará de manera armónica con la definición de “residencia habitual” del NÑyA contenida en los tratados internacionales ratificados por la República Argentina” (art. 3º del anexo I, dec. regl. 415/2006).

Cabe agregar que el concepto de “centro de vida” es de orden sociológico y son varios los elementos a tener en cuenta para determinarlo en cada caso concreto. En esta dirección se ha

(14) Cfr. LLOVERAS, Nora – FARAONI, Fabián E., “Alimentos. Doctrina y jurisprudencia”, Ed. ConTexto, Chaco, 2018, p. 138.

pronunciado la doctrina al sostener que “el centro de vida está constituido por un conjunto de sensaciones, sentimientos, vivencias, acerca de las personas, cosas o lugares que permiten una construcción subjetiva” (15). Agregando que “se deberá considerar el lugar donde la persona menor de edad desarrolla sus actividades, donde está establecida con cierto grado de permanencia, despliega vivencias y mantiene relaciones interpersonales” (16).

A los fines de determinar la competencia territorial, no es viable entonces atenerse a una noción inamovible del “centro de vida”. No se puede entender como una cuestión de temporalidad estricta, ligado a la residencia pasada o histórica de los hijos, sino desde una perspectiva actual.

En este orden de ideas, podría estimarse que los menores de edad, atento a que hace seis años que tienen su residencia en el domicilio del progenitor, han generado vínculos afectivos en el barrio donde viven, en el colegio al que asisten, en las actividades extracurriculares que realizan, entre otros ámbitos sociales que frecuentan. En otras palabras, han venido forjando su personalidad en el lugar donde viven desde hace ya varios años.

VI. Conclusiones

En primer término, compartimos la opinión de la CS y estimamos que la resolución del cívico tribunal es un claro ejemplo de cómo llevar a la práctica y al caso concreto el respeto por los derechos de la niñez.

El reconocimiento de los derechos de los NNyA por el sistema jurídico argentino es amplio. De ahí que, la magistratura cuente con un sinnúmero de herramientas y facultades necesarias para garantizar a la niñez el efectivo ejercicio de sus derechos.

Los NNyA conforman un colectivo que requiere siempre de un plus de protección, atento a tratarse de personas en proceso de desarrollo y evolución progresiva de sus facultades.

Al encontrarse inmersos en conflictos familiares por decisiones que, en la mayoría de los casos, son tomadas por los adultos, es imprescindible que se ponga luz sobre cómo ellos viven, sienten y accionan en el contexto particular en el que están involucrados.

La niñez requiere de un acompañamiento especial por parte de los adultos, que potencie progresivamente su capacidad de ser protagonistas del armado de su propio proyecto de vida.

En la búsqueda del efectivo reconocimiento de las personas menores de edad como sujetos de derecho, es imprescindible efectivizar su derecho a ser oídos y a que su opinión sea tenida en cuenta en la toma de decisiones que a ellos concierne.

En el caso bajo análisis, las instancias inferiores a la CS insistieron sistemáticamente con las medidas de reintegro y revinculación maternofamiliar, a pesar de la férrea resistencia expresada por los menores de edad en todas las oportunidades en las que se los escuchó durante seis años de proceso. Se intentó en numerosas ocasiones efectivizar las medidas de revinculación sin poder lograrlo, debido a la tenacidad con la que se negaron la niña y los niños —hoy dos de ellos adolescentes y el otro mayor de edad— a volver a residir con la progenitora o retomar el vínculo con ella.

Quizá con la intención de que el vínculo de los niños con la progenitora no se viera interrumpido, sin fundamentos debidamente demostrados en la causa, se terminó recrudeciendo el conflicto.

Consideramos que en las instancias inferiores no se tuvo la flexibilidad suficiente como para vislumbrar la necesidad de cambiar el rumbo de las acciones. Para ello se requería poner el foco en la dinámica de escalada que había tomado el conflicto debido al posicionamiento de resistencia inamovible de los niños involucrados.

(15) Cfr. AMOREO, María Cristina, cit. en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASO, Sebastián (dirs.), “Código Civil y Comercial de la Nación comentado”, Ed. Infojus, Buenos Aires, 2015, 1ª ed., t. II. p. 587.

(16) Cfr. BIOCCA, Stella Maris, cit. en HERRERA, Marisa - CAMELO, Gustavo - PICASO Sebastián (dirs.), ob. cit., p. 587.

Desde esta perspectiva, sin convalidar el actuar del progenitor que trasladó de manera unilateral a sus hijos a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, ni mucho menos poner en tela de juicio el derecho de los progenitores a decidir, de común acuerdo, las cuestiones que hacen a la responsabilidad parental, urgía un cambio de estrategia.

Así, focalizando en la opinión de los niños —hoy adolescentes—, sumado al dictamen de la defensora general de la Nación y de los profesionales intervinientes en la causa, la CS optó por una alternativa que, en miras de una deconstrucción de la escalada del conflicto, permita una reestructuración paulatina del vínculo maternofilial, en la medida en que los adolescentes así lo permitieran.

La provisoriedad, propia de las resoluciones del fuero de familia, responde a la fluctuación de los vínculos interpersonales con los que se trabaja. Por ende, se requiere de la magistratura una especial atención a los cambios que se dan en la plataforma fáctica mientras transcurre el proceso, so pena de dictar resoluciones ineficaces o, peor aún, que lleven al efecto contrario del deseado.

Quizá debamos comenzar por entender que el tiempo nos conduce por un camino que nos aleja de lo que fuimos y nos acerca a lo que somos, donde la necesidad del cambio se presenta como un puente que inexorablemente estamos obligados a cruzar.

SUCESIONES

DOCTRINA

Derecho civil sucesorio en España y Argentina

La relevancia del derecho comunal de Aragón, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, Navarra y País Vasco (*)

Nicolás Malumíán (**)

Sumario: I. Introducción.— II. El derecho foral y los “códigos civiles” comunales.— III. El Código Civil español y su comparación con la Argentina.— IV. El Código Civil de Cataluña.— V. El Código de Derecho Foral de Aragón.— VI. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra.— VII. El derecho civil vasco.— VIII. La Compilación de Derecho Civil de las Islas Baleares.— IX. El derecho civil de Galicia.— X. El Código Civil y Comercial de la Nación.— XI. Comparativo de legítimas en España y comentario final.

I. Introducción

En virtud de que el derecho español es de permanente referencia en la Argentina (y en otros países de Latinoamérica) y de que no siempre es bien conocido fuera de España que no solo el Estado nacional español puede emitir leyes de fondo en relación con temas de derecho civil (y en particular las instituciones del derecho sucesorio), es que deseamos comentar brevemente la aplicación del Cód. Civ. español, los cuerpos normativos de las comunidades autónomas (el denominado “derecho foral”) (1) y,

para mejor entendimiento, compararlo con la situación en la Argentina.

En otras palabras, y a riesgo de arruinar el suspenso (2), es claro que en la Argentina, a pesar de ser un país federal, el Cód. Civ. y Com. solo puede ser dictado por el Estado nacional, y justamente uno de sus aspectos medulares es regular el orden público sucesorio, que incluye el orden sucesorio y la legítima hereditaria. Además, solo el Estado nacional argentino podría regular los derechos reales y el fideicomiso. En cambio, en España, las regiones tienen amplias facultades legislativas en derecho civil, lo que en la Argentina serían propias del Cód. Civ. y Com.

(*) El autor agradece al profesor Pedro Botello Hermosa, doctor internacional en Derecho Civil y profesor de la Universidad Pablo de Olavide de Sevilla, por la completa y amable respuesta a sus consultas, que han enriquecido este trabajo. Desde ya cualquier error, falencia o imprecisión son exclusiva responsabilidad del autor.

(**) Abogado y doctor en Derecho (UBA); autor de obras sobre los aspectos legales y fiscales del *leasing*, fideicomiso, derivados financieros, obligaciones negociables y oferta pública.

(1) El Diccionario Panhispánico del Español Jurídico define el derecho foral como “los derechos locales o

propios existentes en algunas comunidades autónomas españolas que tienen sus orígenes en las cartas pueblas (carta de población) y otros fueros y privilegios. Aquellas se otorgaban por los reyes y señores de la península ibérica al fundar poblaciones y que funcionaban a modo de pacto entre la población y el rey o señor del lugar, con el objeto de ordenar el territorio y regular las condiciones de asentamiento de los nuevos pobladores” (<https://dpej.rae.es/lema/derecho-foral>).

(2) O “spoilear”, si se nos permite el neologismo.

En virtud de lo dicho, si se deseara hacer un comparativo en materia de derecho civil entre nuestro Cód. Civ. y Com. y la legislación española, se debería no solo considerar el Cód. Civil español, sino además la normativa de varias regiones (3). En otras palabras, España tiene una muy interesante situación en la cual existen varios “códigos civiles” con diferentes instituciones de derecho sucesorio, lo que pasamos a explicar.

II. El derecho foral y los “códigos civiles” comunales

El primer punto que salta a la vista es que, a diferencia de la Argentina, España no ha unificado su Cód. Civil (4) y su Código de Comercio, y ambos, son legislación nacional. Pero más relevante para nuestro análisis, España tiene diecisiete comunidades autónomas (5), cada una de las cuales tiene un cuerpo legislativo unicameral (6). Pero no todas las comunidades autónomas han dictado normas relativas al derecho civil. Seis de estas comunidades, en concreto Cataluña, Navarra, Aragón, el País Vasco, las Islas Baleares y Galicia, tiene potestades legislativas sobre temas tales como herencia forzosa e institutos del derecho sucesorio como la sustitución fideicomisaria y hasta la potestad de legislar sobre patrimonios autónomos (7). Esta

(3) Para un análisis de los diferentes caminos tomados por la Argentina y España (a nivel nacional) en materia de fideicomiso y sustitución fideicomisaria nos remitimos a nuestro trabajo: “Sustitución fideicomisaria española y fideicomiso testamentario argentino: similitudes y diferencias”, RCCyC, nro. 1, año 7, feb. 2021, p. 81.

(4) Vigente desde 1889, con unas 45 modificaciones.

(5) Con el fin de simplificar la explicación hemos considerado a Navarra (comunidad foral) como una comunidad más, y al País Vasco (compuesto por la Diputación Foral de Álava, Diputación Foral de Vizcaya y Diputación Foral de Guipúzcoa) simplemente como una comunidad más a los efectos de nuestro análisis.

(6) Este poder legislativo comunal tiene diferentes denominaciones, algunas llamativas para quienes no hayan tenido contacto con la historia española. En Andalucía, Canarias, Cantabria, Cataluña, Galicia, Islas Baleares, La Rioja, Navarra y País Vasco se lo llama Parlamento; en Aragón, Castilla-La Mancha, Castilla y León, y Comunidad Valenciana, se lo llama Cortes; en Extremadura, Comunidad de Madrid y Región de Murcia se lo llama Asamblea y en Asturias se lo llama Junta General.

(7) En rigor de verdad, se debe sumar el Fuero de Baylío, aplicable en algunas zonas de Extremadura y en

situación es el resultado de siglos de historia, que hoy se ve plasmada normativamente en la Constitución del Reino de España, que establece que el Estado español se organiza en municipios, que se agrupan por provincias, que a su vez se agrupan en las comunidades autónomas que se constituyan. Es un proceso que llevó años, pero, en concreto y a los efectos de lo que nos interesa, se traduce en las seis comunidades ya mencionadas que han dictado cuerpos normativos en materia civil.

La pregunta obvia a esta altura es si esta potestad legislativa comprende otras materias que no sean el derecho civil. En tal sentido, destacamos que el art. 149 de la Const. española atribuye facultades legislativas al parlamento nacional (denominado “Cortes Generales”) incluyendo las facultades de dictar la legislación civil y comercial, entre otras materias. Pero en lo referente a la legislación civil, el inc. 1º apart. 8º dispone que es facultad del parlamento nacional la “[l]egislación civil, sin perjuicio de la conservación, modificación y desarrollo por las comunidades autónomas de los derechos civiles, forales o especiales, allí donde existan. En todo caso, las reglas relativas a la aplicación y eficacia de las normas jurídicas, relaciones jurídico-civiles relativas a las formas de matrimonio, ordenación de los registros e instrumentos públicos, bases de las obligaciones contractuales, normas para resolver los conflictos de leyes y determinación de las fuentes del derecho, con respeto, en este último caso, a las normas de derecho foral o especial” (8).

En síntesis, la regla general en España es igual que en la Argentina, el derecho de fondo es dictado por el poder legislativo nacional, pero existe una importantísima diferencia, hay seis comunidades que han dictado cuerpos normativos que regulan al derecho hereditario, y en algunos casos también prevén la creación de patrimonios autónomos como instituciones del

Ceuta, pero que no incluiremos en el presente trabajo por el limitado ámbito de aplicación.

(8) Esto se ve acompañado por el art. 149, punto 1, apart. 6º que en su parte pertinente dispone que el derecho procesal será nacional “sin perjuicio de las necesarias especialidades que en este orden se deriven de las particularidades del derecho sustantivo de las comunidades autónomas”.

mismo. Estas comunidades representan en su conjunto más del 25% del territorio de España y más de un tercio de su población **(9)**.

Lo dicho conlleva la necesidad de determinar cuándo se aplica un derecho u otro dentro del propio territorio de España. En tal sentido, el Cód. Civ. español, en su título preliminar, que trata “De las normas jurídicas, su aplicación y eficacia”, dedica el cap. V (arts. 13 a 16), cuyo título no deja lugar a dudas “Ámbito de aplicación de los regímenes jurídicos civiles coexistentes en el territorio nacional”. En particular, nos interesa el art. 14 que en su punto 1) dispone: “La sujeción al derecho civil común o al especial o foral se determina por la vecindad civil”. Esto es, el principio rector para determinar qué derecho se aplica, es el de la “vecindad civil” **(10)**.

(9) Estas seis comunidades cuentan con sus propios cuerpos normativos que rigen la sucesión en su ámbito de aplicación: en Cataluña es el Cód. Civ. de Cataluña; en el País Vasco es la ley 5/2015 de Derecho Civil Vasco, del 25/06/2015; en Aragón es el Código del Derecho Foral de Aragón (como se puede ver en Aragón han mantenido la denominación tradicional de “foral”); en Navarra es la Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fureo Nuevo; en las Islas Baleares es el dec. leg. 79/1990, del 06/09/1990, por el que se aprueba el texto refundido de la compilación del derecho civil de las Islas Baleares; y en Galicia es la ley 2/2006, de 14/06/2006, de derecho civil de Galicia.

(10) El citado art. 14 y el art. 15 establecen varios principios sobre la vecindad civil que cabe resumir de la siguiente forma: i) La vecindad civil se adquiere por residencia continuada durante dos años, siempre que el interesado manifieste ser esa su voluntad, o por residencia continuada de diez años, sin declaración en contrario durante este plazo. Ambas declaraciones se harán constar en el Registro Civil y no necesitan ser reiteradas. ii) Tienen vecindad civil en territorio de derecho común, o en uno de los de derecho especial o foral, los nacidos de padres que tengan tal vecindad. Por la adopción, el adoptado no emancipado adquiere la vecindad civil de los adoptantes. iii) Si al nacer el hijo, o al ser adoptado, los padres tuvieren distinta vecindad civil, el hijo tendrá la que corresponda a aquel de los dos respecto del cual la filiación haya sido determinada antes; en su defecto, tendrá la del lugar del nacimiento y, en último término, la vecindad de derecho común. iv) El matrimonio no altera la vecindad civil. No obstante, cualquiera de los cónyuges no separados, ya sea legalmente o de hecho, podrá, en todo momento, optar por la vecindad civil del otro. v) En caso de duda prevalecerá la vecindad civil que corresponda al lugar de nacimiento. vi) El extranjero que adquiera la nacionalidad española deberá optar, al inscribir la adquisición de la nacionalidad, por cualquiera

Tal como dijimos, usaremos el derecho hereditario y relativo a los patrimonios autónomos para ilustrar nuestro punto sobre la variedad de ordenamientos que coexisten en España. Por ejemplo, España no tiene fideicomiso a nivel nacional **(11)** pero sí recepta figuras similares en varias normativas comunales. Comenzaremos por reseñar brevemente la normativa nacional española comparándola con la Argentina, luego pasaremos a los códigos comunales y terminaremos con un comparativo con el Cód. Civ. y Com. argentino en lo que hace a porcentajes y beneficiarios de las legítimas bajo la legislación nacional y comunal española, y la legislación argentina.

III. El Código Civil español y su comparación con la Argentina

En este apartado nos referimos al derecho nacional español, aplicable en aquellas partes de España que no están bajo un código comunal. Es por ello que, en este apartado, cuando nos refiramos al derecho español, será con este alcance.

Al igual que la Argentina, España tiene legítima hereditaria, por lo que hay herederos forzosos, lo que desde ya limita la libertad de testar a

de las vecindades siguientes: a) la correspondiente al lugar de residencia; b) la del lugar del nacimiento; c) la última vecindad de cualquiera de sus progenitores o adoptantes; o d) la del cónyuge.

(11) Se puede ver este punto en la dec. 338/2008 del 30/04/2008 del Superior Tribunal de España en que se estableció que “[e]l trust constituye una figura por la que se establece una relación fiduciaria en la que una persona es el titular del derecho de propiedad sujeto a una obligación de equidad de mantener o usar la propiedad en beneficio de otra. Se puede constituir el trust tanto por acto inter vivos como *mortis causa*. Se trata de un negocio jurídico ampliamente utilizado en los países del common law con diversas finalidades; pero resulta desconocida en derecho español, tanto material como internacional privado. De su importancia e implantación da muestra la existencia del Convenio de La Haya del 01/07/1985 sobre ley aplicable al trust y su reconocimiento, que pretende hacer frente a los problemas derivados del desconocimiento de la institución en muchos ordenamientos jurídicos. El Convenio entró en vigor el 01/01/1992 y ha obtenido hasta ahora escasa ratificación, sin que haya sido suscrito por España (...) no siendo reconocida la figura jurídica del trust ni compatible con nuestras normas de derecho sucesorio”.

la porción de libre disponibilidad **(12)**. Asimismo, la base de cálculo de la legítima, al igual que en la Argentina, comprende las donaciones en vida, por lo que en ambos países se podría decir que existe alguna forma de restricción a las donaciones (que de superar la legítima serían atacables). De no existir testamento, en ambos países los bienes se distribuirán en partes iguales entre los herederos, y si bien no se debe analizar un testamento (simplemente porque no existe), sí se debe considerar si las donaciones en vida han afectado la legítima de los herederos forzosos.

Se presenta entonces la pregunta obvia de quiénes son los herederos bajo el derecho nacional español, es decir, cuáles son herederos legitimarios o forzosos. En tal sentido, el art. 807 del Cód. Civil dispone que “[s]on herederos forzosos: 1. Los hijos y descendientes respecto de sus padres y ascendientes. 2. A falta de los anteriores, los padres y ascendientes respecto de sus hijos y descendientes. 3. El viudo o viuda en la forma y medida que establece este Código”. Cabe destacar que los ascendientes solo heredan si no hay descendientes. Sin embargo, el cónyuge supérstite participa tanto si hay ascendientes como si hay descendientes (pero, como veremos, lo hace con un usufructo compensable y no con la propiedad de los bienes).

Con respecto a quiénes, del total de herederos, son forzosos o legitimarios, cabe destacar que los primeros en tal categoría son los descendientes. En tal sentido el art. 808 del Cód. Civil español en su parte pertinente dispone que “[c]onstituyen la legítima de los hijos y descendientes las dos terceras partes del haber hereditario de los progenitores. Sin embargo, podrán estos disponer de una parte de las dos que forman la legítima, para aplicarla como mejora a sus hijos o descendientes. La tercera parte restante será de libre disposición. Cuando alguno o varios de los legitimarios se encontraren en una situación de discapacidad, el testador podrá disponer a su favor de la legítima estricta de los demás legitimarios sin discapacidad. En tal caso, salvo disposición contraria del testador, lo

así recibido por el hijo beneficiado quedará gravado con sustitución fideicomisaria de residuo a favor de los que hubieren visto afectada su legítima estricta y no podrá aquel disponer de tales bienes ni a título gratuito ni por acto mortis causa”.

Al igual que la Argentina, la legítima a favor de descendientes es de dos terceras partes. Lo mismo dicho con otras palabras, hay un tercio de libre disponibilidad. Sin embargo, existe una importante diferencia, estas dos terceras partes afectadas por la legítima se dividen en el tercio de legítima estricta (que salvo el caso de un hijo con necesidades especiales se debe distribuir en partes iguales, tema sobre el cual volvemos más abajo) y un tercio de mejoras que debe ir a los sucesores forzosos, pero el testador puede decidir beneficiar más a unos que a otros (o mejorarlo en su derecho, de ahí su nombre) **(13)**.

Sin embargo, tal como adelantamos, en 2003 fue reformado el Cód. Civil español por ley 41/2003 de Protección Patrimonial de las Personas con Discapacidad, permitiendo por primera vez en el derecho español la afectación de la legítima. Mismo comentario se puede hacer de la modificación que significó el Cód. Civ. y Com. de la Argentina **(14)**. Lo que la norma española establece es que, salvo expresa disposición en contrario, lo recibido por el descendiente con necesidades especiales (debe ser declarado judicialmente como incapaz) se considerará una sustitución fideicomisaria (figura paralela a

(13) El art. 823 del Cód. Civ. español establece que “[e]l padre o la madre podrán disponer en concepto de mejora a favor de alguno o algunos de sus hijos o descendientes, ya lo sean por naturaleza ya por adopción, de una de las dos terceras partes destinadas a legítima”.

(14) El art. 2448 del Cód. Civ. y Com. argentino, intitulado “Mejora a favor de heredero con discapacidad”, establece que “el causante puede disponer, por el medio que estime conveniente, incluso mediante un fideicomiso, además de la porción disponible, de un tercio de las porciones legítimas para aplicarlas como mejora estricta a descendientes o ascendientes con discapacidad. A estos efectos, se considera persona con discapacidad, a toda persona que padece una alteración funcional permanente o prolongada, física o mental, que en relación a su edad y medio social implica desventajas considerables para su integración familiar, social, educacional o laboral”.

(12) El art. 806 del Cód. Civ. español dispone que “[l]egítima es la porción de bienes de que el testador no puede disponer por haberla reservado la ley a determinados herederos, llamados por esto herederos forzosos”.

nuestro fideicomiso y que sería asimilable a un usufructo) (15).

El segundo grupo de herederos forzosos son los ascendientes. Tal como ya adelantamos, son desplazados si existen descendientes. En otras palabras, si hay descendientes los ascendientes nada heredan, pero si no hay descendientes, los ascendientes no solo heredan, sino que tienen derecho a una legítima que dependerá de si concurren a la herencia con o sin el cónyuge superviviente. En tal sentido el art. 809 del Cód. Civil español dispone que "[c]onstituye la legítima de los padres o ascendientes la mitad del haber hereditario de los hijos y descendientes salvo el caso en que concurrieren con el cónyuge viudo del descendiente causante, en cuyo supuesto será de una tercera parte de la herencia". En otras palabras, si no concurren con el cónyuge superviviente, tendrán derecho a una legítima del 50%. En cambio, si sí concurren con el cónyuge superviviente, tendrán una legítima de un tercio. Este artículo es complementado por el art. 801 del mismo Código que dispone que "[l]a legítima reservada a los padres se dividirá entre los dos por partes iguales; si uno de ellos hubiere muerto, recaerá toda en el sobreviviente. Cuando el testador no deje padre ni madre, pero sí ascendientes, en igual grado, de las líneas paterna y materna, se dividirá la herencia por mitad entre ambas líneas. Si los ascendientes fueren de grado diferente, corresponderá por entero a los más próximos de una u otra línea".

Finalmente, la legítima del cónyuge superviviente en España presenta una diferencia sustancial con el derecho argentino. Es que, bajo el derecho civil español, el cónyuge superviviente tiene un derecho hereditario muy inferior a ascendientes y descendientes dado que su legítima es de un usufructo (no de dominio). Asimismo, en el caso de sucesión intestada, primero heredan los descendientes, luego los ascendientes y solo después los cónyuges, luego solo restan los parientes colaterales hasta el cuarto grado,

y en forma residual el Estado. A favor del cónyuge superviviente, su legítima (que insistimos es de usufructo) concurre con los descendientes y ascendientes, esto es, no es desplazado por los descendientes (como sí lo son los ascendientes). Cabe destacar que no hereda el cónyuge que esté separado de hecho o de derecho, salvo reconciliación ante el juez o notario que los separó (16).

En síntesis, bajo el derecho nacional español, la legítima del cónyuge superviviente recibe un usufructo vitalicio y concurre con ascendientes y descendientes. En lo que hace al porcentaje sobre los bienes, si concurre con descendientes (sea del cónyuge fallecido o de ambos), tiene una legítima (de usufructo) de un tercio (que tal como dispone el art. 834 citado al pie de página) cae sobre el tercio de la mejora. Si concurre con

(16) El art. 834 del Cód. Civ. español dispone en su parte pertinente que "El cónyuge que al morir su cónyuge no se hallase separado de este legalmente o de hecho, si concurre a la herencia con hijos o descendientes, tendrá derecho al usufructo del tercio destinado a mejora". Este artículo debe leerse juntamente con el art. 835 del mismo Código, que establece que "si entre los cónyuges separados hubiera mediado reconciliación notificada al juzgado que conoció de la separación o al notario que otorgó la escritura pública de separación (...), el sobreviviente conservará sus derechos". Si bien el tema excede el objeto del presente trabajo cabe destacar que España prevé la separación ante escribano público. En tal sentido, el art. 82 del Cód. Civ. español dispone que "1. Los cónyuges podrán acordar su separación de mutuo acuerdo transcurridos tres meses desde la celebración del matrimonio mediante la formulación de un convenio regulador ante el letrado de la Administración de Justicia o en escritura pública ante Notario, en el que, junto a la voluntad inequívoca de separarse, determinarán las medidas que hayan de regular los efectos derivados de la separación en los términos establecidos en el art. 90. Los funcionarios diplomáticos o consulares, en ejercicio de las funciones notariales que tienen atribuidas, no podrán autorizar la escritura pública de separación. Los cónyuges deberán intervenir en el otorgamiento de modo personal, sin perjuicio de que deban estar asistidos por letrado en ejercicio, prestando su consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o notario. Igualmente los hijos mayores o menores emancipados deberán otorgar el consentimiento ante el letrado de la Administración de Justicia o Notario respecto de las medidas que les afecten por carecer de ingresos propios y convivir en el domicilio familiar. 2. No será de aplicación lo dispuesto en este artículo cuando existan hijos en la situación a la que se refiere el artículo anterior".

(15) Para un análisis de la sustitución fideicomisaria en España y su comparación con el fideicomiso testamentario argentino nos remitimos a: BOTELLO HERMOSA, Pedro - MALUMIÁN, Nicolás, "Sustitución fideicomisaria española y fideicomiso testamentario argentino: similitudes y diferencias", RCCyC, nro. 1, año 7, feb. 2021, p. 81.

ascendientes (por no haber descendientes), entonces su legítima de usufructo es del 50% de la herencia. Si no hubiera ni descendientes ni ascendientes tendría una legítima de usufructo de dos terceras partes.

Dado el engorro que puede representar la constitución de usufructos sobre una parte de la propiedad de bienes, el art. 839 del Cód. Civil español dispone que “[l]os herederos podrán satisfacer al cónyuge su parte de usufructo, asignándole una renta vitalicia, los productos de determinados bienes, o un capital en efectivo, procediendo de mutuo acuerdo y, en su defecto, por virtud de mandato judicial. Mientras esto no se realice, estarán afectos todos los bienes de la herencia al pago de la parte de usufructo que corresponda al cónyuge”. Este artículo da la facultad a los herederos de compensar con dinero el usufructo que le correspondería al cónyuge supérstite, quien no puede oponerse a esta compensación, sino que su derecho se limita a acordar a un precio, que, de no haber acuerdo, es fijado por un juez.

En síntesis, bajo el Cód. Civil español son legitimarios los descendientes, a falta de descendientes los ascendientes, y el cónyuge supérstite (pero este último con usufructo y no dominio). En lo que hace a los descendientes, en un acervo hereditario se debe distinguir tres partes en la legítima: el tercio de legítima estricta, que se caracteriza por tener que ser distribuida en partes iguales entre los herederos legitimados; el de mejora, que puede ser distribuida entre los herederos legitimados pero el testador puede favorecer (“mejorar”) a uno por sobre otro de los legitimados (17); y el de libre disposición.

(17) Cabe mencionar que Colombia tenía la institución de mejoras, pero la ley 1934 de 2018 modificó el régimen sucesorio eliminando la “cuarta de mejoras” y ampliando el porcentaje de la porción de libre disponibilidad. Antes de esta reforma el 75% de los bienes iban a los herederos legitimarios siendo el 50% de distribución en partes iguales y el 25% la parte (cuarto del total de ahí su nombre) que podría distribuirse entre los herederos legitimarios, pero favoreciendo a uno por sobre otro. A partir de la reforma con vigencia a partir del 01/01/2019 simplemente existe un 50% sujeto a legítima y un 50% de libre disponibilidad.

Explicado el derecho nacional español, pasamos entonces a comentar los derechos comunales.

IV. El Código Civil de Cataluña

Este Código es el que más temas abarca entre todos los códigos comunales. Se compone de libros, que tal como lo explica el art. 3º de la ley 29/2002, de 30 de diciembre, primera Ley del Cód. Civ. de Cataluña, son los siguientes:

“a) Libro primero, relativo a las disposiciones generales, que incluye las disposiciones preliminares y la regulación de la prescripción y de la caducidad.

“b) Libro segundo, relativo a la persona y la familia, que incluye la regulación de la persona física, las materias actualmente comprendidas en el Código de familia y las leyes especiales de este ámbito.

“c) Libro tercero, relativo a la persona jurídica, que incluye la regulación de las asociaciones y de las fundaciones.

“d) Libro cuarto, relativo a las sucesiones, que incluye la regulación de las materias contenidas en el Código de sucesiones por causa de muerte y en las demás leyes especiales de este ámbito.

“e) Libro quinto, relativo a los derechos reales, que incluye la regulación de esta materia aprobada por el Parlamento.

“f) Libro sexto, relativo a las obligaciones y los contratos, que incluye la regulación de estas materias, comprendidos los contratos especiales y la contratación que afecta a los consumidores, aprobada por el Parlamento”.

Este Cód. Civ. catalán desplaza totalmente a las normas nacionales españolas en las materias reguladas en él. En tal sentido, en su art. 111-1, intitulado “Derecho civil de Cataluña”, dispone en su primer párrafo que “[e]l derecho civil de Cataluña está constituido por las disposiciones del presente Código, las demás leyes del Parlamento en materia de derecho civil, las costumbres y los principios generales del derecho propio”, para luego agregar en su art. 111-2 sobre “Interpretación e integración” que, “[e]n su aplicación, el derecho civil de Cataluña debe interpretarse y debe integrarse de acuerdo

con los principios generales que lo informan, tomando en consideración la tradición jurídica catalana” y que “[e]n especial, al interpretar y aplicar el derecho civil de Cataluña deben tenerse en cuenta la jurisprudencia civil del Tribunal de Casación de Cataluña y la del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña no modificadas por el presente Código u otras leyes. Una y otra pueden ser invocadas como doctrina jurisprudencial a los efectos del recurso de casación”. En otras palabras, quien desee conocer el derecho civil aplicable en Cataluña deberá conocer este Cód. Civil, no siendo la materia sucesoria una excepción a lo dicho.

Un ejemplo de las instituciones del derecho hereditario catalán es la regulación de las sustituciones fiduciarias y la posibilidad de nombrar un “heredero de confianza” esto es, una forma de sustitución fideicomisaria bajo la cual el testador nombra una persona para que reciba los bienes, constituyendo bienes separados de los propios, y debiendo darles el destino que el testador indique.

Otro ejemplo de institución sucesoria propia de Cataluña es el patrimonio autónomo protegido (que no está en la parte relativa a sucesiones sino a las personas y la familia). El art. 227-2 del citado Cód. Civil catalán establece que “1. El patrimonio protegido comporta la afectación de bienes aportados a título gratuito por el constituyente, así como de sus rendimientos y subrogados, a la satisfacción de las necesidades vitales del beneficiario. Se identifica mediante la denominación que consta en la escritura de constitución y es un patrimonio autónomo, sin personalidad jurídica, sobre el cual el constituyente, el administrador y el beneficiario no tienen la propiedad ni ningún otro derecho real. 2. El patrimonio protegido no responde de las obligaciones del beneficiario, ni tampoco de las del constituyente o de quien hizo aportaciones. Sin embargo, las aportaciones efectuadas a un patrimonio protegido después de la fecha del hecho o del acto del que nazca el crédito no perjudican a los acreedores de la persona que las efectuó, si faltan otros recursos para cobrarlos. Tampoco perjudican a los legitimarios”.

Finalmente, el artículo citado nos da pie a comentar que en Cataluña existe la legítima y ella alcanza a los hijos (en partes iguales) y de no

haber descendientes lo son los progenitores. La legítima es la cuarta parte de los bienes del causante (incluyendo donaciones de hasta 10 años antes de la muerte).

V. El Código de Derecho Foral de Aragón

En Aragón se aplica el Código de Derecho Foral (18), que dispone en su art. 1º que “[l]as fuentes del Derecho civil de Aragón son la ley, la costumbre y los principios generales en los que tradicionalmente se inspira su ordenamiento jurídico”. Y que “[e]l derecho civil general del Estado se aplicará como supletorio solo en defecto de normas aragonesas y de acuerdo con los principios que las informan”. Esto es, marca la prevalencia del derecho civil de la Comuna por sobre el de la nación española en las materias que nos ocupan.

El Código aragonés trata del estado y capacidad de las personas, las relaciones personales, el derecho de familia, sucesiones por causa de muerte y los derechos reales.

En lo que a nosotros nos interesa destacamos que este Código regula figuras como:

i) el consorcio o fideicomiso foral sobre inmuebles heredados por hermanos;

ii) la previsión de pactos sucesorios sobre la herencia futura (prohibidos bajo el derecho argentino) que incluyen: la disposición *mortis causa* de uno o varios contratantes a favor de otro u otros de ellos; la institución recíproca; la disposición *mortis causa* de los contratantes a favor de tercero o terceros; y la renuncia de uno o varios contratantes a la herencia del otro u otros.

i) el testamento mancomunado, definido por el art. 406, inc. 3º, del Código aragonés como “el acto naturalmente revocable por el cual dos personas ordenan en un mismo instrumento, para después de su muerte, con o sin liberalidades mutuas y disposiciones correspectivas, el destino de todos sus bienes o de parte de ellos”; y

(18) Nos referimos al dec. leg. 1/2011, del 22 de marzo, del Gobierno de Aragón, por el que se aprueba, con el título de “Código del Derecho Foral de Aragón”, el texto refundido de las leyes civiles aragonesas, que entró en vigencia el 23/04/2011.

ii) la fiducia sucesoria, establecida por el art. 439 del Código de Aragón que dispone que “[t]odo aragonés capaz para testar puede nombrar uno o varios fiduciarios para que ordenen su sucesión actuando individual, conjunta o sucesivamente. Nombrados varios sin señalar cómo deben actuar, se entenderá que el llamamiento es conjunto”.

En lo referente a la legítima, solo son legítimos los descendientes y por la mitad de la masa hereditaria (19). Pero lo más notable, es que, según lo dispuesto en el art. 486, párr. 2º, “[e]sta legítima colectiva puede distribuirse, igual o desigualmente, entre todos o varios de tales descendientes, o bien atribuirse a uno solo. Si no se ha distribuido o atribuido de otra manera, la legítima colectiva se entiende distribuida entre los legitimarios de grado preferente conforme a las reglas de la sucesión legal”.

En síntesis, un derecho sucesorio con instituciones y características propias.

VI. La Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra

Como muestra de la larga tradición del derecho de Navarra cabe mencionar que en su Compilación del Derecho Civil Foral de Navarra o Fuero Nuevo se dice que ella “recoge el derecho civil del antiguo Reino vigente a la fecha de su aprobación, conforme a la tradición y a la observancia práctica de sus costumbres, fueros y leyes, y ha sido actualizada de conformidad a la realidad social navarra y armonizada con el resto de las normas civiles emanadas del Parlamento de Navarra en el ejercicio de su competencia histórica.” Y en relación con la tradición jurídica navarra explica que, “[e]n cuanto expre-

sión del sentido histórico y de la continuidad del Derecho privado foral de Navarra, conservan rango preferente para la interpretación e integración de las leyes de la Compilación para aquellas instituciones que tenga su origen en el mismo, y por este orden: las leyes de Cortes posteriores a la Novísima Recopilación; la Novísima Recopilación; los Amejoramientos del Fuero; el Fuero General de Navarra y el Derecho romano en lo que haya sido recibido”, para finalmente establecer que “[e]l Cód. Civil y las leyes generales de España serán derecho supletorio de esta compilación y de la tradición jurídica navarra”.

Navarra tiene varias instituciones particulares; son ejemplos de lo dicho los patrimonios protegidos, los que se pueden constituir a favor de “las personas con discapacidad o dependencia que formen parte de la comunidad o grupo familiar, aun sin convivencia, mediante la aportación a título gratuito de bienes y derechos a su patrimonio y el establecimiento de las medidas necesarias para determinar su afección y el destino de sus rendimientos a subvenir a sus necesidades, sin perjuicio de lo establecido en las Leyes generales o especiales sobre su protección patrimonial”. La Compilación bajo examen dispone que “[d]ichos patrimonios se registrarán por lo dispuesto en el acto de su constitución, que no otorgará titularidades ni derechos reales al beneficiario. El patrimonio no responderá de las obligaciones posteriores a su constitución distintas a su destino que pudieran corresponder al beneficiario, al constituyente o a las demás personas que realizaron las aportaciones”.

Otro ejemplo de una institución propia del derecho de Navarra son los “patrimonios afectos a fines de interés privado” por medio de los cuales se crea una fundación de interés privado por actos *inter vivos* o *mortis causa* dotando de “personalidad jurídica propia a un patrimonio integrado por bienes y derechos de cualquier clase y afectarlo al cumplimiento de determinados fines privados de interés social, humanitario o cultural o cualesquiera otros de carácter solidario y sin ánimo de lucro”.

Un tercer y muy relevante ejemplo lo encontramos en la “fiducia sucesoria” sobre la cual la Compilación dice: “El causante puede dele-

(19) El art. 489 del Cód. de Aragón dispone: “1. El causal computable a efectos del cálculo de la legítima se forma de la siguiente manera: 1º Se parte del caudal relicto valorado al tiempo de liquidarse la legítima. 2º Se añade el valor de los bienes donados por el causante calculado al tiempo de la donación, pero actualizado su importe al tiempo de liquidarse la legítima. 2. Por excepción, no se computan: a) Las liberalidades usuales. b) Los gastos de alimentación, educación y asistencia en enfermedades de parientes dentro del cuarto grado que estén en situación de necesidad, aunque el causante no tuviera obligación legal de prestarles alimentos. Los gastos de educación y colocación de los hijos solo se computarán cuando sean extraordinarios”.

gar en fiduciarios-comisarios o en herederos de confianza la facultad de disponer u ordenar la herencia, bien libremente, bien conforme a instrucciones reservadas”.

Finalmente, cabe mencionar una institución que existe en España a nivel nacional como lo es la sustitución fideicomisaria destacándose que “no existirá limitación de número en los llamamientos de fideicomisarios sucesivos a favor de personas que vivan o al menos estén concebidas al tiempo en que el primer fiduciario adquiriera los bienes. Las sustituciones a favor de personas que no existan en ese momento no podrán exceder del cuarto llamamiento; en lo que excedan de ese límite se entenderán por no hechas”.

Finalmente, cabe destacar que en Navarra no existe legítima, esto es, la regla general es la libertad de disposición que al decir de la compilación significa que “[l]os navarros pueden disponer libremente de sus bienes”. Asimismo, es válida la renuncia a la herencia futura” por lo que existe la más amplia libertad en materia sucesoria, muy alejada de las restricciones propias del orden público sucesorio argentino.

VII. El derecho civil vasco

La ley 5/2015 del País Vasco es un cuerpo legal que trata muchos menos temas que otras normas forales que venimos comentando. Sus puntos modulares son las sucesiones y el régimen patrimonial del matrimonio. Este cuerpo normativo comienza por aclarar que el derecho civil de la comunidad autónoma del País Vasco está constituido por las disposiciones de la ley 5/2015, la costumbre y los principios generales del derecho que lo inspiran. Por su parte, el rol de la jurisprudencia será depurar la interpretación e integrar los preceptos del derecho civil vasco, siendo la sala de lo civil del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco la encargada de unificar la doctrina judicial. Todo lo cual muestra, como en los restantes de derechos forales, su autonomía con respecto al derecho civil nacional español.

En lo referente a instituciones propias del derecho civil vasco cabe destacar el testamento mancomunado que es aquel en que “dos personas, tengan o no relación de convivencia o parentesco, dispongan en un solo instrumento

y para después de su muerte de todos o parte de sus bienes”. A su vez, “se reputa igualmente mancomunado el testamento conjunto en el que uno o los dos testadores designan comisario a la misma o distinta persona, para que, tras su muerte, ordene la sucesión correspondiente”.

Por su parte, otra institución que cabe destacar es la denominada “sucesión por comisario” en que “el testador puede encomendar a uno o varios comisarios la designación de sucesor, la distribución de los bienes y cuantas facultades le correspondan en orden a la transmisión sucesoria de los mismos”. Destacándose que los esposos pueden designarse mutuamente para el caso de prefallecimiento del otro cónyuge.

Finalmente, en lo que hace a legitimados se dispone que “son legitimarios: los hijos o descendientes en cualquier grado y el cónyuge viudo o miembro superviviente de la pareja de hecho por su cuota usufructuaria, en concurrencia con cualquier clase de herederos” (20). En lo referente a la cuota de la legítima la normativa vasca establece que “la cuantía de la legítima de los hijos o descendientes es de un tercio del caudal hereditario” (21) pero se destaca la libertad de distribuirla entre los sucesores legitimados.

VIII. La compilación de derecho civil de las Islas Baleares

El dec. leg. 79/1990, del 6 de septiembre de 1990 de las Islas Baleares compila el derecho civil y distingue diferentes regímenes para las islas de Mallorca, Menorca, y de Ibiza y Formentera. La porción de legítima es de un tercio si los herederos son hasta cuatro inclusive, en caso de ser más herederos la porción legítima asciende al 50%. Incluyen instituciones tales como la sustitución fideicomisaria y la fiducia sucesoria.

(20) A su vez, dentro del País Vasco se destaca que existen normas que prevalecen sobre el derecho civil vasco. En tal sentido, la ley que analizamos dispone que “[l]as normas sobre la troncalidad en el infanzonado o tierra llana de Bizkaia, y en los términos municipales alaveses de Aramaio y Llodio, prevalecen sobre la legítima, pero cuando el tronquero sea legitimario, los bienes troncales que se le asignen se imputarán a su legítima”.

(21) Nuevamente, dentro del País Vasco existe un fuero especial, en este caso nos referimos al de Tierra de Ayala, en que no se aplica la legítima y hay libertad para testar.

IX. El derecho civil de Galicia

La ley 2/2006, de 14/06/2006, de derecho civil de Galicia, tiene más de 300 artículos regulando, entre otros temas del derecho civil, la protección de los menores, los derechos reales, los contratos, la compañía familiar gallega, el régimen económico familiar y las sucesiones. Con respecto a este último tema cabe destacar que en Galicia la legítima a favor de los descendientes es de una cuarta parte, lo que claramente muestra un régimen que otorga una mucha mayor libertad para testar que el Cód. Civil español que pasamos a comentar.

X. El Código Civil y Comercial de la Nación

El primero y más relevante de los aspectos es que en la Argentina el derecho civil es exclusiva potestad del Congreso Nacional y, en particular, el derecho sucesorio se caracteriza por su orden público, por lo que la única fuente normativa de rango de ley es el Cód. Civ. y Com. Lo dicho desde ya no es óbice que existan otras fuentes, como lo es la jurisprudencia provincial, pero incluso en esta materia la Corte Suprema de Justicia de la Nación sería el máximo tribunal.

En la Argentina hemos tenido una reducción de la legítima con la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com., que en el caso de los descendientes ha pasado del 80% al 66% reduciéndose también para las ascendientes y cónyuges, y eliminándose el caso de la nuera viuda sin hijos. Esta reducción es en un todo de acuerdo con todas las reformas que han existido en el mundo en la materia, además de la comentada reforma en Colombia, cabe destacar el caso de Suiza que está reformando su legislación sucesoria reduciendo su legítima a partir del 1 de enero de 2023 pasando la porción legítima de los hijos del 75% al 50% y eliminando la legítima de los ascendientes. Asimismo, si bien se cree que es propio del derecho continental europeo (22) que exista legítimas cabe destacar que en lo referente a Latinoamérica no existe legítima ni en México ni en los países de Centroamérica, por lo que se podría decir que es una institución de los países de tradición continental europea

(22) En lo referente a los Estados Unidos, solo el Estado de Luisiana tiene legítima, y no la hay ni en Inglaterra ni en Australia ni en otros países del *common law*.

en Sudamérica (23). Cabe destacar que el hecho de que no exista legítima no conlleva una total libertad para testar, dado que se debe proveer para ciertos parientes (típicamente hijos y cónyuges), pero, cubiertas sus necesidades, no existe una obligación de que reciban un porcentaje de los bienes. Este punto es especialmente relevante para personas de alto patrimonio que dejando solo una fracción de él a sus herederos son libres de disponer sobre el resto.

En concreto, hoy en día el art. 2444 del Cód. Civ. y Com. dispone que son “legitimarios” y, por ende, “[t]ienen una porción legítima de la que no pueden ser privados por testamento ni por actos de disposición entre vivos a título gratuito, los descendientes, los ascendientes y el cónyuge”.

En lo que hace a las “porciones legítimas”, el art. 2445 dispone que “[l]a porción legítima de los descendientes es de dos tercios, la de los ascendientes de un medio y la del cónyuge de un

(23) La excepción a esta regla es la República Dominicana que sí tiene legítima y no está en Sudamérica. En lo referente a los países de Sudamérica, cabe destacar que Brasil tiene una legítima del 50% en favor de los descendientes, ascendientes, cónyuge supérstite (y en ciertos casos cohabitante), distribuidos en partes iguales entre los legitimados; Bolivia tiene un 80% a favor de los descendientes, 66% a favor de los ascendientes y cónyuge supérstite que se distribuye en partes iguales entre los legitimados; Chile tiene un 75% a favor de descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite, de los cuales dos terceras partes se dividen en porciones iguales, pero un tercio es de mejoras; en el caso de Colombia, ya hemos explicado que a partir de la reforma con vigencia a partir del 01/01/2019 simplemente existe un 50% sujeto a legítima y un 50% de libre disponibilidad; Ecuador tiene una legítima del 75% a favor de los descendientes (siendo 50% distribuido en partes iguales y el 25% la mejora) y una legítima del 50% en favor de los ascendientes; Paraguay tiene una legítima del 80% a favor de los descendientes y 50% por ciento a favor del cónyuge (y conviviente en algunos casos); Perú tiene 66% a favor de descendientes y cónyuge y 50% a favor de ascendientes; República Dominicana tiene una porción creciente según el número de hijos siendo de 50% para un hijo, 66% para dos hijos, 75% si hay 3 o más hijos, asimismo, si hay ascendientes por parte de madre y padre la legítima es del 50% pero si solo los hay de un lado será del 25%; Uruguay también tiene una legítima progresiva según el número de hijos siendo del 50% para un hijo, 66% para dos hijos y 75% para tres o más, y un 50% a favor de ascendientes; finalmente en el caso de Venezuela la legítima es del 50% para descendientes, ascendientes y cónyuge supérstite.

medio. Dichas porciones se calculan sobre la suma del valor líquido de la herencia al tiempo de la muerte del causante más el de los bienes donados computables para cada legitimario, a la época de la partición según el estado del bien a la época de la donación. Para el cómputo de la porción de cada descendiente solo se toman en cuenta las donaciones colacionables o reducibles, efectuadas a partir de los trescientos días anteriores a su nacimiento o, en su caso, al nacimiento del ascendiente a quien representa, y para el del cónyuge, las hechas después del matrimonio”.

En lo referente a la concurrencia de legitimarios no hay más que leer el siguiente artículo (nos referimos al 2446) que dispone que “[s]i concurren solo descendientes o solo ascendientes, la porción disponible se calcula según las respectivas legítimas. Si concurre el cónyuge con descendientes, la porción disponible se calcula según la legítima mayor”.

En síntesis, basta con leer tres artículos del Cód. Civ. y Com. para conocer la esencia de la legítima en la Argentina. A lo dicho cabe agregar el ya citado art. 2448 que (muy encomiablemente y en una excelente solución legislativa) permite la mejora a favor de herederos con discapacidad, y el art. 2447 de protección de la legítima que dispone que “[e]l testador no puede imponer gravamen ni condición alguna a las porciones legítimas; si lo hace, se tienen por no escritas”.

XI. Comparativo de legítimas en España y comentario final

En síntesis, el cuadro comparativo de la legítima en España y la Argentina de descendientes y ascendientes sería el siguiente:

	Descendientes	Ascendientes
Código Civil español	66%, con la posibilidad de mejorar a los legitimarios hasta un tercio, y posibilidad de mejorar por sobre el otro tercio a favor de personas con discapacidad.	50%
Código Civil y Comercial argentino	Sí. 66% en estrictas partes iguales, pero con mejora a favor de personas con discapacidad.	50%
Código Civil de Cataluña	Sí. 25% de la herencia	Solo los padres (no los restantes ascendientes) y por un 25%
Código de Derecho Foral de Aragón	Sí. 50%. Libremente disponible entre los legitimados.	No
Ley de Derecho Civil Vasco (con excepción de la Tierra de Ayala)	Sí, un 33% libremente distribuible entre los legitimados.	No
Compilación del Derecho Civil de Navarra	No	No
Compilación del derecho civil de las Islas Baleares (Mallorca y Menorca)	Hasta 4 herederos la legítima es de un 33% y si son más herederos la legítima es del 50%	Solo los padres (no los restantes ascendientes) y por un 25%
Derecho civil de Galicia	Sí, 25% de la herencia	No.

Como se puede ver, hay una amplia variedad de soluciones, pero en general las reglas comunales son menos rígidas que la legislación nacional española y la legislación argentina. Si se compara las reglas nacionales españolas se las ve muy en línea con las de Sudamérica, y si bien desde esta es una apreciación general, si se compara las reglas comunales españolas se las ve más en línea con las propias del derecho con-

tinental en Europa en sus porcentajes y beneficiarios.

En síntesis, si se ha de comparar el derecho civil español con el argentino, se deberá considerar, no solo su derecho nacional, sino sus derechos comunales, rica fuente de soluciones en la materia que no puede ser ignorada por quien pretende un estudio profundo de la materia.

OBLIGACIONES Y RESPONSABILIDAD CIVIL

DOCTRINA

La unificación de la responsabilidad civil resarcitoria en el Código Civil y Comercial: de los paralogismos a la aporía

Jorge P. Martínez ^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. El artículo 1716 del Código Civil y Comercial: paradigma de la unificación.— III. Continuación: los dos fenómenos distintos que “conviven” en el artículo 1716 del Código Civil y Comercial.— IV. La responsabilidad civil contractual y extracontractual.— V. ¿La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual?— VI. La “responsabilidad contractual” o el olvido de la diferencia entre obligación y contrato.— VII. La responsabilidad extracontractual o “las cosas no responden a sus nombres”.— VIII. Retorno a la confrontación con el texto de uno de los codificadores.— IX. Los fundamentos de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria.— X. Continuación: el propósito de los codificadores de unificar “claramente los supuestos que han generado dificultades serias”.— XI. La propuesta para superar la aporía.— XII. A modo de cierre.

I. Introducción

El título exhibe, al destacar la existencia de una aporía en un cuerpo normativo (Código Civil y Comercial de la Nación), un paralogismo que corresponde, para salir de la inesperada paradoja, superar. No cabe, en efecto, suponer que el legislador haya actuado con inconsecuencia o imprevisión al dictar el Cód. Civ. y Com. En efecto, este debe interpretarse evitando darle un sentido que coloque en pugna sus disposiciones, destruyendo las unas por las otras, y adoptando como verdadero el que las concilie y las deje a todas con valor y efecto (1).

(*) Abogado (UNLP); profesor de posgrado (Daños I y II) en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); profesor de grado, en la misma facultad, de Derecho Privado II y en la Facultad de Ciencias Económicas (UNLP) de Derecho II; director de la Comisión de Derecho de los Consumidores y Usuarios de la Secretaría de Extensión, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales (UNLP); conjuer de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires.

En el último punto, antes del cierre, presentaré, impregnado de tales enseñanzas, una interpretación que intentará disolver (superar) la aporía que señala, no sin asombro, este discurso. La estrategia expositiva de este artículo tendrá, aclarado lo anterior, tres partes. A saber:

En la primera se mostrará la norma que recepta la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual o, mejor precisado, el sistema unificado de la responsabilidad civil resarcitoria. El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. une, en rigor, a dos hechos distintos que no se corresponden con la prédica constante acerca de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. He aquí el paralogismo de la extrapolación.

(1) SCBA, 27/05/2008, “Tonelli”; entre muchas otras. En el mismo sentido: Fallos 330:1910, “Ramos”, consid. 2º y sus citas.

El análisis y la valoración del art. 1716, a partir de la contradictoria y paradójica consideración del incumplimiento de la obligación como hecho ilícito nos deja, al recordar su regulación en la teoría general de la obligación (arts. 724, 730 y ccds., Cód. Civ. y Com.), en el umbral de la aporía. Ingresamos en ella al compás de la repetición acrítica de los importados y confusos sintagmas (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual) que lucen unificados. Así se repite como un vacío mantra que oculta —y, por tanto, infringe— las “palabras de la ley” (art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

En la segunda se presentan, no sin acritud, nuevos paralogismos que son hijos del eurocentrismo o, mejor dicho, de la afrancesada doctrina autoral. En pocas palabras, la reiterada interpretación de nuestro Código Civil originario con categorías que provienen de otro cuerpo —y contexto— normativo ha provocado numerosos malentendidos que persisten hasta hoy. He aquí —entiendo— la falacia de desubicuidad.

Las razones en las que abrevia la falacia pueden encontrarse en el filósofo Dussel, notable crítico del eurocentrismo y de la modernidad, quien nos alerta sobre el cultivo de un creciente desprecio por lo propio (2) (en el caso: nuestro Cód. Civil originario). La antropóloga Segato, en sintonía con el gran filósofo, ha destacado “la permanente colonialidad del poder y del saber, [d]el eurocentrismo como forma de dominación intelectual que corroe nuestras escalas de valores y nuestra forma de enseñar en las escuelas y universidades” (3). Es que “en la estricta división mundial del trabajo intelectual, somos consumidores pero nunca productores de pensamiento, de categorías teóricas (...). Pensar es para el Norte, repetir es para el Sur” (4).

En la última parte presentaré una interpretación, anclada en los nobles principios y valores que informan al Cód. Civ. y Com., para superar la denunciada aporía.

(2) DUSSEL, Enrique, “Filosofías del Sur. Descolonización y transmodernidad”, Ed. Akal, Buenos Aires, 2020, 1ª ed., p. 23.

(3) SEGATO, Rita, “Contra-pedagogías de la crueldad”, Ed. Prometeo, Buenos Aires, 2017, 1ª ed., p. 18.

(4) *Ibidem*, p. 88 y *passim*.

II. El artículo 1716 del Código Civil y Comercial: paradigma de la unificación

Dicho artículo inaugura la sección tercera denominada “función resarcitoria” de la responsabilidad civil. Es importante alertar, en primer lugar, que una auténtica reflexión metodológica (5) nos muestra que estamos en el título V, “Otras fuentes de las obligaciones”.

El artículo, en efecto, señala:

“*Deber de reparar*: 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 este Código”.

Dos fenómenos *dan lugar (6) a la reparación del daño causado* o, expresado de otro modo, dos hechos idóneos —unificados— producen la obligación de reparar, estos son:

i) la violación del deber de no dañar a otro (7): cuando se daña a la persona, su patrimonio o los bienes comunes/colectivos nace la obligación, si el juicio de existencia es “afirmativo”, de reparar; y

ii) el incumplimiento de una obligación: cuando se daña —en este supuesto al incumplir una obligación—, si el juicio de existencia es “afirmativo”, nace la obligación de reparar, ¿nace la obligación de reparar? (8).

En otras palabras, dos fenómenos distintos, separados por la existencia de la obligación y unidos en la causa/fuente responsabilidad civil resarcitoria, resultan la “causa” del “efecto”

(5) HEIDEGGER, Martín, “Ser y tiempo”, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1997, 1ª ed., p. 322.

(6) Se ha enseñado que “la palabra ‘da-lugar-a’ (...) design[a] la esencia de la causalidad pensada por los griegos” (HEIDEGGER, Martín, “Filosofía, ciencia y técnica”, Ed. Universitaria, Santiago de Chile, 1997, 3ª ed., p. 119). Aquí, en este artículo, evidencia el nacimiento de la obligación (de reparar).

(7) Puede leerse, para pensar en “los nuevos otros del no dañar”, a DE LORENZO, Miguel F., “Repensar al ‘otro’: reflexiones sobre el derecho civil”, RCyS 2019-VI, 3.

(8) La pregunta hunde sus raíces en el aparato conceptual que se desprende de los arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.

obligación. La violación del deber de no dañar a otro, por un lado; o el incumplimiento de una obligación, por otro, se exhiben —según la norma de marras— como “hechos idóneos para producir” la obligación (conf. arts. 724 y 726, Cód. Civ. y Com.). Ejemplos: matar a una usurera o no pagarle el préstamo (9) son las conductas, claramente diferentes, que une la norma en la fuente de responsabilidad civil resarcitoria.

Para que el juicio de existencia resulte “afirmativo” se requiere, de más está decirlo, la presencia de todos los presupuestos de la responsabilidad civil resarcitoria. Por el contrario, la presencia de algunas de las circunstancias eximentes o, lo que es igual, la ausencia de algunos de los presupuestos de la responsabilidad civil, determinará un juicio de existencia “negativo”. En el primer caso, nacerá la obligación y en el otro, naturalmente, no.

En suma, dos hechos distintos (10) estructuran la responsabilidad civil resarcitoria que exhibe el Cód. Civ. y Com.: i) la violación del deber de no dañar a otro y ii) el incumplimiento de una obligación. Los presenta unificados y como “idóneos” para producir “algo” distinto, vale decir a la obligación cuya teoría general, autónoma e independiente de sus causas (fuentes), se despliega en el tít. I “[o]bligaciones en general” del Libro tercero “[d]erechos personales”, desde el art. 724 al 956 del Cód. Civ. y Com.

III. Continuación: los dos fenómenos distintos que “conviven” en el artículo 1716 del Código Civil y Comercial

El deudor de una suma de dinero —o de cualquier otra cosa— debe cumplirla. Debe, pues, desplegar el comportamiento esperado por su acreedor para proporcionarle el bien que le es

debido para satisfacer, en consecuencia, su interés lícito. Si no paga, el acreedor podrá ejecutar los bienes del deudor para procurarse aquello que debió entregarle y/o para lograr la satisfacción de su menoscabado interés lícito (conf. arts. 730, 743 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

Vale decir, el deudor, al no pagar, se convierte, al ingresar la obligación en la etapa de la responsabilidad, en *responsable*. Es que los bienes que integran la garantía patrimonial respaldan al acreedor frente a la falta de pago. En pocas palabras, el deudor responde, no pago mediante, con “todos sus bienes (presentes y futuros)” o, lo que es igual, con el patrimonio afectado al cumplimiento de sus obligaciones (conf. arts. 242 y 743, Cód. Civ. y Com.).

Algunos autores, sin embargo, postulan, al compás de la anunciada unificación de la *responsabilidad contractual y extracontractual* (11), que el incumplimiento es un hecho ilícito. La vaga asimilación provoca un sorprendente desplazamiento conceptual cuya doble vía nos deja en la intemperie de la confusión. Es que, por un lado, matar, lesionar a una persona, etc. (incuestionados hechos/actos ilícitos) quedan recubiertos en el Cód. Civ. y Com. por la vaguedad del sintagma “no dañar”; y, por otro lado, se denomina, propiciando una extraña mezcla de ideas, “hecho ilícito” al fenómeno de no pagar una obligación (12).

En los fundamentos del anteproyecto, cuando se analiza “la problemática del incumplimiento”, este es considerado, también, un hecho ilícito. Las dos tesis que se reseñan —“de la autonomía” y “de la unidad”— lo califican, pues, así (13). La consecuencia de tal pensar se empoza en la norma (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) en tanto lo considera un hecho idóneo que produce (“da lugar”) a la obligación.

(9) Los ejemplos remiten al estudiante de derecho (Rodion Románovich Raskólnikov) que realizara tales acciones en la célebre novela decimonónica “Crimen y castigo” (DOSTOYEVSKI, Fiodor, M., en *Obras completas*, Ed. Aguilar, Madrid, trad. Rafael Cansinos Assens, t. II, ps. 17-399).

(10) No tan distintos, en rigor: es que, si la obligación nacida de la violación del deber de no dañar se incumple, tal incumplimiento queda comprendido en el campo de aplicación de la norma. Se observa, en tales circunstancias, el mismo hilo conductor que une a los hechos (no tan) distintos. Asoma, en las oraciones anteriores, la circularidad de la (aporética) norma.

(11) No es correcta esta afirmación. Se ha unificado, en rigor, la violación del deber de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación. La lectura del art. 1716, Cód. Civ. y Com., lo pone, sin más, de relieve (conf. art. 2º, Cód. Civ. y Com.).

(12) Recuerdo —en el instante de estas líneas— que este mes cometí un “hecho ilícito” pues todavía no pagué las vencidas expensas del estudio.

(13) “Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2012, ps. 563-564.

Este discurso entiende, al compás del propio Cód. Civ. y Com., lo contrario a lo aseverado en este tramo por los codificadores: el no pago, el incumplimiento, prolonga la vida de la obligación y la *convierte*, generalmente (14), en una obligación más enérgica desde varios puntos de vista:

i) desde la perspectiva de la prestación (objeto de la obligación) pues ahora, en el tiempo del incumplimiento, el deudor deberá la suma de dinero más los intereses (15);

ii) bajo el prisma de los sujetos de la obligación, el acreedor “actualizará” sus facultades/poderes de agresión patrimonial, de exigencia coactiva del pago; y

iii) por su lado, el deudor, su patrimonio, deberá tolerar la ejecución de los bienes que integran, precisamente, la garantía patrimonial (conf. arts. 242 y 743, Cód. Civ. y Com.).

Dicho de otro modo, la relación jurídica obligacional, no pago mediante (incumplimiento), pasa a su segunda etapa (16), “cae” en la fase coactiva; se convierte en su caída, por la adición de los intereses moratorios debidos (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.), y va inexorablemente en busca de su muerte coactiva —ejecución de los bienes— ante el fracaso de su muerte natural —pago—.

Las dos etapas mencionadas están presentes, conviene recordarlo, en la definición de *obligación* (art. 724) que trae el Cód. Civ. y Com. En los fundamentos, la misma comisión redactora

(14) Puede, en ciertos excepcionales casos, no ser así. Es decir, el no pago, en algunos supuestos de obligaciones contractuales, tal vez no ocasione daños a los acreedores y, por lo tanto, nada podrán ejecutar. Ejemplos de falta de pago sin perjuicios para los acreedores de obligaciones contractuales pueden leerse en TELLES GALVÃO, I., “Direito das Obrigações”, Wolters Kluwer, Coímbra, 2010, 7ª ed., reimp., p. 373.

(15) Esto es así en las obligaciones de dar sumas de dinero en tanto no existe la posibilidad del no pago total, absoluto, definitivo. Es que el interés del acreedor, en la suma de dinero, puede satisfacerse, de más está decirlo, siempre.

(16) Es muy útil, para comprender (al menos parcialmente) el ser de la obligación, recuperar la teoría del *Schuld-Haftung*, de la deuda-responsabilidad o garantía.

aclara, explícitamente, que la referida definición “pone de manifiesto los rasgos más relevantes de la figura y remarca, además, la verdadera estructura institucional de la obligación, en la que, armónicamente, aparecen el *débito* y la *responsabilidad* como tramos de una misma relación obligatoria” (17).

Ahora bien, esta manera de presentar en el Cód. Civ. y Com. al incumplimiento, es decir como “hecho ilícito”, introduce la incoherencia y la contradicción en el seno del propio Cód. Civ. y Com. en tanto este regula el mismo fenómeno jurídico (no pago, incumplimiento) en dos regiones ópticas (obligaciones en general y responsabilidad civil) claramente distintas.

La ilogicidad resulta ostensible en tanto se unen a los hechos ilícitos (delito: p. ej., matar; cuasidelito, p. ej., dueño o guardián de un automóvil que embiste a un peatón y le provoca lesiones graves) con el incumplimiento, no pago, inejecución de las obligaciones. Un abismo separa o diferencia los hechos (violación del deber de no dañar a otro e incumplimiento de una obligación) que incorrectamente se unifican en el art. 1716 del Cód. Civ. y Com. No salva esta incoherencia la afirmación, no menos ilógica (unificación mediante), de la subsistencia de diferencias (18) entre ¿la responsabilidad contractual y la extracontractual?

Intento, para fundamentar la crítica anterior, retornar a la claridad, coherencia, de nuestro codificador originario. No pagar, incumplir, es uno de los efectos de las obligaciones (conf. arts. 505 y ccds., Cód. Civil derogado; 730, 777 y ccds., Cód. Civ. y Com.). Estos, los efectos, pueden resumirse en dos palabras: cumplimiento e incumplimiento o, lo que es igual, pago y no pago, realización o no realización de la obligación (que incluye, claro está, la falta del acreedor al rehusar el pago —conf. art. 886, párr. 2º, Cód. Civ. y Com. —).

En apretada síntesis, la obligación puede pagarse —en tal caso su extinción es natural, espontánea— o no pagarse —se abre, entonces, la pesada puerta de la extinción coactiva—; y tales

(17) “Código Civil y Comercial de la Nación”, ob. cit., p. 507.

(18) Fundamentos citados, p. 563.

son —como se ha dicho (19)— las dos grandes alternativas en las que puede desembocar, desde la perspectiva del deudor (20), la obligación.

Es importante agregar, en este punto, que la doctrina discute acerca de la naturaleza de la transformación operada en la obligación cuando esta se incumple. En efecto, para algunos autores se produce una verdadera novación (por cambio de objeto). Otros, por el contrario, sostienen que se trata de la misma obligación, pues la primera no se extingue, ni concurre, en la especie, el necesario *animus novandi*.

Wayar, al respecto, transcribe la tesis de Llamás sobre la novación legal y enfatiza que “[e]s innegable que se produce una verdadera extinción de la obligación principal y de sus accesorios (art. 803) y que al mismo tiempo nace una nueva obligación, que no es secuela o 'efecto' de la primitiva, sino que su causa—fuente es el incumplimiento imputable” (21).

He aquí una cuestión esencial que divide las aguas en la doctrina autoral. Algunos beben del turbio manantial del nacimiento de una nueva obligación; y otros postulan que, en verdad, se trata de la misma obligación que no ha sido pagada y que ha caído, en consecuencia, en su fase coactiva. Es cuanto menos sorprendente que el Cód. Civ. y Com. recepte, en regiones diferentes, las dos opuestas tesis.

En efecto, por un lado, en el art. 1716 se recepta la tesis de la nueva obligación que produce el incumplimiento de la obligación. Por otro lado, en los arts. 724, 730, 743, 955 y ccds., se despliega la tesis de la misma obligación que al incumplirse pasa a la fase coactiva (responsabilidad patri-

monial). Esta doble recepción, y naturalmente doble regulación, provoca una aporía que debemos, al compás de la hermenéutica, superar.

La tesis de la obligación incumplida (no pagada) que cae en su fase coactiva es —creo entender—, la correcta (22). Detener el pensar en las siguientes razones persuade acerca de la elección anterior. En efecto:

Primero, los sujetos de la obligación siguen siendo los mismos, aunque ahora, en el instante del incumplimiento, modificados por tal fenómeno: el acreedor deviene víctima y el deudor/victimario responsable. *Segundo*, el mismo objeto debido (la obligación no pagada) se modifica, también, por tal fenómeno: v.gr., el deudor responsable debe, incumplimiento mediante, la cosa —o el precio de la cosa— más los daños (conf. arts. 724, 730, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.). *Tercero*, el incumplimiento (no pago) de la obligación no es un hecho idóneo que la produzca (conf. art. 726, Cód. Civ. y Com.), es decir no es una fuente de las obligaciones (23). *Cuarto*, no nace un nuevo vínculo jurídico del incumplimiento, es decir la misma relación jurídica (obligación), se convierte por el incumplimiento y cae en su región anormal, forzada, coactiva (arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

La opacidad de la otra tesis engendra galimatías como este: el incumplimiento (inasible Proteo) es un hecho ilícito que extingue la obligación —y sus accesorios!— y provoca el nacimiento de otra porque opera la novación legal. *Incumplimiento —hecho ilícito— novación legal*: extraño y confuso tríptico que se enuncia, entre la muerte y la vida de la obligación, para describir las consecuencias de la simple falta de pago y que, por ende, nos hunde irremisiblemente en la oscuridad conceptual. El art. 1716 del Cód. Civ. y Com. es hijo de tal oscuridad.

(19) DIEZ-PICAZO, Luis, "Fundamentos del derecho civil patrimonial", Ed. Civitas, Madrid, 1996, 5ª ed., vol. II, "Las relaciones obligatorias", p. 470.

(20) Es decir, si se incluye al acreedor (su inclusión resulta, en verdad, insoslayable) en el análisis de la obligación corresponde presentar otra alternativa, es decir: el no pago porque el acreedor no acepta la oferta —de pago— de su deudor. La segunda etapa (región anormal) puede escindirse, por lo tanto, en dos momentos distintos. Los analizo en: MARTÍNEZ, Jorge P., "El concepto normativo de la obligación", LA LEY 2015-A, 656.

(21) WAYAR, Ernesto C., "Derecho civil. Obligaciones", Ed. Depalma, Buenos Aires, 1990, 1ª ed., t. I, p. 515.

(22) En tal sentido, puede verse: PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., "Manual de obligaciones", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2019, 1ª ed. revisada, t. II, p. 189.

(23) Para superar esta sencilla verdad se introduce la vaga y confusa calificación de "hecho ilícito". Los actos/hechos ilícitos —delitos, cuasidelitos— resultaban, ciertamente, fuentes de las obligaciones en el Cód. Civil derogado (tít. VIII y IX, de la Secc. 2ª del Libro Segundo).

IV. La responsabilidad civil contractual y extracontractual

Los sintagmas (*responsabilidad contractual* - *responsabilidad extracontractual*), su superficial proximidad (semejanza) y su ligera —por la presencia del prefijo “extra”— diferencia, han introducido, en el derecho privado argentino, malentendidos que perviven en el Cód. Civ. y Com. (24). Las voces (25) que repiten acríticamente que se ha unificado la responsabilidad contractual y extracontractual (26) encubren dos hechos radicalmente diferentes (p. ej., no pagar una suma de dinero vs. matar). Tales hechos —entiendo— deben interpretarse (comprenderse) de un modo, también, enteramente distinto.

No es razonable unificar lo que está separado en la experiencia, en las conductas interferidas intersubjetivamente (Cossio) y en las normas (parcialmente). En otros términos, los presupuestos para analizar las consecuencias de tales hechos jurídicos no pueden ser los mismos, no son los mismos. Los separa, en los ejemplos de ficción señalados *supra*, la radical imposibilidad de la existencia, es decir la muerte.

La textura abierta del lenguaje, su vaguedad—ambigüedad, ha permitido una dogmática asimilación de los criticados —por este discurso— sintagmas y su repetición acrítica —el “uno” perdido en la “habladuría”, en la “cu-

(24) Intento mostrarlo en: MARTÍNEZ, Jorge P., "La unificación de la responsabilidad civil. El caso de la obligación", Ed. Académica Española, 2019, 1ª ed.

(25) Entre otros: PICASSO, Sebastián, "La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), p. 151; SAGARNA, Fernando A., "Responsabilidad civil directa y por el hecho de terceros. En el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación", *Sup. Esp. Nuevo Cód. Civ. y Com.* 2014 (nov.), 143; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., "La responsabilidad civil profesional en el nuevo Código", LA LEY 2015-B, 834; COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., "La responsabilidad contractual y extracontractual. Unificación en el Código Civil y Comercial", RCyS 2015-IV, 31; GAGLIARDO, Mariano, "Delimitación y contenido de la responsabilidad (civil)", LA LEY 2020-A, 951.

(26) También se lee en los fundamentos, cit., p. 563.

riosidad" y en la "ambigüedad" (27)— de tal inconsistente igualación, sembró una extendida confusión y cerró las puertas a una auténtica comprensión.

Sorprende el alegado consenso (28) que supuestamente existe en la doctrina, arrojada en la cotidianeidad de su "Ahi" (29), para igualar la falta de pago con el delito; el incumplimiento con los hechos ilícitos; la responsabilidad contractual con la responsabilidad extracontractual (30).

Las diferencias surgen claramente (31) y pueden advertirse si el pensar se detiene en los protagonistas del Derecho, mejor precisado, de la relación jurídica obligacional y de las fuentes, "hechos idóneos", que la producen (art. 726, Cód. Civ. y Com.). El binomio esencial (deudor/acreedor) existe —no se discute su existencia, aunque alguno esté momentáneamente indeterminado— en toda obligación. "Deudor-acreedor" son palabras relacionales que nombran a los protagonistas principales de la relación jurídica obligacional.

El referido par (binomio esencial) no existe, antes bien, se origina, nace: i) en el caso de los delitos (ahora, según el Cód. Civ. y Com., responsabilidad civil resarcitoria), del autor-victimario (deudor) y de la víctima (acreedora); ii) en el supuesto de los contratos, de más está escribirlo, de los contratantes; y iii) en el pago de lo indebido, de la persona que pagó de más (acreedora) y de la persona que se benefició (deudor) con tal pago; etcétera —que incluye, naturalmente, a todas las fuentes de las obligaciones—.

Por lo tanto, si se piensa en los sujetos de la relación jurídica obligacional, en la necesidad

(27) HEIDEGGER, Martín, "Ser y tiempo", ob. cit., ps. 190-197.

(28) En los fundamentos del citado anteproyecto se destaca que "existe uniforme opinión doctrinal".

(29) HEIDEGGER, Martín, "Ser y tiempo", ob. cit., ps. 197 y ss.

(30) Esta progresión exhibe el descenso conceptual que nos hunde en la aludida confusión.

(31) Y no las ignora la comisión redactora del nuevo Código Civil y Comercial.

de su determinación-existencia para abrir el universo de la obligación, se patentiza la diferencia que separa las conductas que interfieren en forma intersubjetiva en la falta de pago (incumplimiento) de aquellas otras que interfieren en el delito (responsabilidad civil resarcitoria).

En el primer caso, están claramente determinados los sujetos (p. ej., el deudor moroso y el acreedor insatisfecho) mientras que, en el segundo, la comisión de un delito puede —no siempre es así [p. ej., en los crímenes perfectos (32)]— originarlos. En efecto, en los delitos y cuasidelitos (33) resulta imprescindible realizar un juicio de existencia para saber, en suma, si existe —o no— la responsabilidad civil (hecho idóneo) que provoca el nacimiento de la obligación.

El aludido “algo más” juega un papel distinto en ambos casos (obligación que no se paga vs. obligación que nace del delito) pues la obligación que no se extingue de muerte natural (pago) se diferencia radicalmente, claro está, de la obligación que no existía, que acaba de nacer y que puede, va de suyo, extinguirse a través del pago.

La obligación que no se cumple [mal llamada: responsabilidad contractual (34)] y la obligación que nace (de los hechos ilícitos; mal denominada: responsabilidad extracontractual) habitan, como se ve, regiones distintas del “ser” obligación, de ahí sus inexorables, e insuperables, diferencias.

Es que, en efecto, en la primera hipótesis, el “algo más” no jugará en el campo de los sujetos de la obligación, pues —al fin y al cabo— deudor y acreedor seguirán siéndolo, aunque ahora modificados por la “caída” de la obligación, por el no pago, en su fase coactiva (conf.

(32) Pueden leerse tres ejemplos en la interesante entrevista, “Ante la ley”, al escritor alemán Ferdinand Von Schirach (*Página/12*, supl. Radar Libros, 19/02/2012, ps. 25-27).

(33) Mal denominados “responsabilidad extracontractual”.

(34) El reciente Código Civil y Comercial la denomina, con acierto, incumplimiento de la obligación (v.gr., arts. 724, 1716 y ccds.).

arts. 724, 730, 743, 777, 955 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

El deudor será, en consecuencia, responsable y el acreedor podrá “actualizar” la potencia que anida en su crédito y agredir patrimonialmente al responsable (deudor) del no pago (incumplimiento). En el segundo caso, el “algo más” impone realizar un juicio de existencia para indagar si efectivamente nació la obligación (resarcitoria) en tanto si no existen personas damnificadas no podremos, de más está escribirlo, ingresar en el mundo de la obligación.

La existencia de la obligación, por un lado, y su no existencia, por el otro, determinan, asimismo, juegos muy distintos entre sus elementos esenciales. En el primer supuesto, se deberá analizar y valorar, ante el fenómeno del no pago, cómo este repercute en el comportamiento debido por el deudor. La obligación caída en su fase coactiva preguntará si es posible aún el pago, si está interesado el acreedor en él (35); y si responde que no, el deudor deberá responder patrimonialmente ahora, conversión (modificación) del objeto de la obligación mediante, de los daños e intereses (derivados, precisamente, de la falta de pago) (36).

En la determinación de los daños e intereses resulta esencial la obligación que no se pagó, vale decir si esta es una suma de dinero muy claro está que el deudor—responsable deberá la prestación original (capital) más los intereses devengados, precisamente, por no pagarla en el tiempo propio de su cumplimiento (conf. art. 768, Cód. Civ. y Com.).

Ahora bien, cuando no existe la obligación, no existen, va de suyo, sus elementos. El “algo más” impone, por lo tanto, su búsqueda; y su encuentro permite el ingreso en el universo de la obligación, de su teoría general autónoma e independiente. Se deberá, sentada la autoría del ilícito, encontrar a la persona damnificada —o

(35) Tales preguntas resultan impertinentes en el ámbito de las obligaciones que tienen por objeto la entrega de una suma de dinero.

(36) Si contesta que sí, el deudor deberá el objeto de la obligación (cumplimiento *in natura*) más los daños causados por no pagarla en tiempo propio.

a las personas—, se deberá determinar lo realmente dañado, es decir, los daños causados por el delito; etcétera.

En síntesis, existen hondas o profundas diferencias entre no pagar una obligación y cometer un delito o, mal expresado, entre la *responsabilidad contractual* y la *responsabilidad extracontractual*. Es incorrecto preguntar si sus elementos son los mismos, toda vez que en la segunda hipótesis —delitos— la obligación aún no ha nacido y se debe realizar, por ende, un juicio de existencia para buscarlos, encontrarlos y precisarlos. Hay que pensar, explicar, y tratar de un modo muy diferente al no pago (futuro de la obligación) y a las fuentes (pasado de la obligación), entre ellas los delitos/cuasidelitos (responsabilidad civil resarcitoria), de las obligaciones.

V. ¿La unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual?

Si el pensar retiene lo explicitado en el punto anterior, vale decir si se medita sobre los dos fenómenos que habitan en la norma tímidamente comentada, violar el deber de no dañar a otro, por un lado; o incumplir una obligación, por otro.

Si se busca, además, en la realidad (fenómenos) tales conductas, por ejemplo: i) los múltiples daños que provocan los automotores (violación del deber de no dañar desde que, está de más decirlo, en tal fenómeno no se incumple ninguna obligación); o ii) los deudores que no pagan (incumplen) sus obligaciones (que nacen de múltiples fuentes: contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, etc.).

Si no desaparece del horizonte del pensar las palabras de la norma y las escuchamos respetuosamente (conf. art. 2º, Cód. Civ. y Com.). Entonces, sentados tales “sí-es”, irrumpe la pregunta de este punto en todo su esplendor de incompreensión. ¿Qué es lo que se unificó?

¿Y las palabras de la ley (art. 2º, Cód. Civ. y Com.)? ¿Y la violación del deber de no dañar a otro? ¿Y el incumplimiento de una obligación? Otra vez: ¿qué es lo que se unificó?

Las preguntas abren, como toda pregunta, una búsqueda. ¿En dónde encontrar la respuesta? ¿En el reciente Código? ¿En sus fundamentos que postulan, dicho sea de paso, una “unidad” con “diferencias que subsisten” —y que impugnan, inadvertidamente, la ilógica “unidad”—? ¿En la reiterada opinión de la doctrina autoral?

Este discurso, con un ineludible tono crítico, elige el texto del primer artículo que se publicó en nuestro país, por uno de los codificadores, sobre la referida unificación (37). El artículo, como se lee en el sumario, está dividido en seis puntos, a saber: “I. Introducción. II. Dualismo y monismo. III. El régimen del Código de Vélez. IV. El sistema del nuevo Código Civil y Comercial. Aspectos que se unifican. V. Las diferencias que subsisten VI. Conclusiones”.

Ahora bien, sin perder de vista su propio entramado argumental, estas líneas intentan mostrar algunos de los errores más significativos (paralogismos) del aludido texto. El análisis está centrado, naturalmente, en la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual. O, mejor dicho, en el intento de comprender cómo una norma que se refiere a la unificación de la violación del deber de no dañar a otro con el incumplimiento de una obligación (conf. art. 1716, Cód. Civ. y Com.) se interpreta de otro modo, esto es como la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual.

En la introducción leemos que “con el nuevo código, la Argentina cuenta con una legislación de avanzada en esta materia”. Sin embargo, uno de los más célebres juristas del derecho continental europeo señaló: “*la unificación es un error, ya nadie piensa en ella, es un tema superado*” (38). La afirmación del jurista argentino no es, huelga decirlo, compartida.

En el punto II el autor reseña el “dualismo” que devino, a la postre y por arte de birlibirlo-

(37) PICASSO, Sebastián, ob. cit., p. 151.

(38) Esa fue la categórica respuesta de Miquel Martín-Casals a la pregunta (¿qué piensa de la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual?) de un alumno argentino. Ocurrió en un curso, en la ciudad de Toledo (España), impartido durante el mes de enero de 2015, sobre “La responsabilidad civil contractual y extracontractual”.

que (esto es sin reformar el Cód. Civil originario supuestamente dualista), en “monismo”. Este punto exhibe, a partir del segundo párrafo, tramos discursivos inobjetables en relación con la glosa del derecho francés (responsabilidad contractual, extracontractual, obligación de seguridad, etc.) y su importación/asimilación acrítica. Comienza así:

“Los orígenes de la distinción entre el incumplimiento de los contratos [o de las obligaciones (39)] y el acto ilícito como *fente de la responsabilidad* (40) pueden rastrearse hasta el derecho romano, donde la tradicional clasificación de las *fuentes de las obligaciones* se estructuró en un primer momento en torno a la distinción entre *contractus*, por un lado, y *maleficia* o *delicta*, por el otro [...]. Los códigos decimonónicos, partiendo del modelo francés, consagraron distintas normas a cada uno de los dos sectores de la responsabilidad, y establecieron relevantes diferencias de regulación entre cada uno de ellos” —énfasis agregado—.

En la primera oración aparecen tres paralogismos:

i) En primer lugar, la asimilación, al distinguirlos del acto ilícito, del incumplimiento de los contratos con el incumplimiento de las obligaciones. Resuena, en esta equívoca asimilación, el defectuoso método del *Code* que criticara, con vehemencia, Vélez Sarsfield. Es patente, en el método del Cód. Civil derogado, la diferencia entre incumplir un contrato e incumplir una obligación o, mejor precisado, en el no pago

(39) Luce incorrecta, a la luz del método del Cód. Civil derogado, esta vaga asimilación. Es que, al presentar una teoría general de la obligación, Vélez reguló el incumplimiento de una obligación con autonomía e independencia de la fuente que provocó su nacimiento (contratos, hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, ley). La asimilación (incumplimiento de un contrato = incumplimiento de una obligación) hunde sus raíces en el Código francés y resulta equívoca (falacia de desubicuidad) porque le cierra la puerta al incumplimiento de las obligaciones que nacen de las otras fuentes.

(40) *Rectius*: de la obligación. La responsabilidad civil es, no está de más recordarlo, una de las fuentes de las obligaciones en el Cód. Civ. y Com. En uno de los modos de ser (resarcitorio) que exhibe la responsabilidad civil (fuente de las obligaciones), ha reemplazado a los hechos ilícitos (delitos/cuasidelitos) del Cód. Civil derogado.

de la obligación quedan incluidos todos los supuestos, vale decir las obligaciones nacidas de cualquier fuente (no solamente del contrato) que, naturalmente, pueden incumplirse.

En efecto, al presentar una teoría general, Vélez reguló el incumplimiento de una obligación con autonomía e independencia de la fuente que determinó su nacimiento (contratos, hechos ilícitos, enriquecimiento sin causa, declaración unilateral de la voluntad, ley). La asimilación (incumplimiento de un contrato = incumplimiento de una obligación) se empapa del criticado método del Código francés y resulta, por lo tanto, equívoca [falacia de desubicuidad (41)] en tanto soslaya, precisamente, a la teoría general de la obligación. La teoría general de la obligación no admite que se escriba sobre el incumplimiento de una obligación nacida de una fuente en particular (p. ej., contrato).

ii) En segundo lugar, la referencia a las fuentes de las obligaciones en cuya tradicional clasificación resultan, ciertamente, preeminentes los contratos y los hechos ilícitos. El “dualismo/monismo” mencionado por el autor resulta un tema ajeno, importa destacarlo, a las fuentes de las obligaciones. Es evidente el inadvertido —por el autor— desplazamiento conceptual desde las fuentes de las obligaciones a la responsabilidad civil o, mejor precisado, desde la responsabilidad civil a las fuentes de las obligaciones (paralogismo de extrapolación).

No es lo mismo, en efecto, discurrir sobre una clasificación binaria de las fuentes de las obligaciones (42) (que, innecesariamente, las clasifica en contractual —contratos— y extracontractual —las otras fuentes—) que hacerlo sobre la binaria clasificación de la responsabilidad civil (mal llamada contractual y extracontractual). El primer supuesto es posible (aunque agrupe im-

(41) Su despliegue conceptual puede verse en DUSSEL, Enrique, ob. cit., p. 192.

(42) En la evolución de las fuentes de las obligaciones se ha pasado del dualismo a la pluralidad de fuentes (contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa, etc.). La clasificación tripartita, cuatripartita, etc. integran esta evolución que puede verse en una de las notas del Cód. Civil derogado, esto es la que inaugura la parte primera de la sección primera del libro II.

precisa e inútilmente a las fuentes que no son contractuales en una sola categoría —extra-contractuales— a la luz del Cód. Civil derogado y, también, del Cód. Civ. y Com. El segundo supuesto solamente es posible a la luz del criticado y defectuoso método del Código Civil francés (43), de ahí la persistente presencia del parallogismo de la extrapolación.

iii) Por último, la equívoca (envuelve parallogismos teóricos y prácticos) equiparación entre responsabilidad/obligación (44).

La triple confusión enraíza en un equívoco pensar metodológico (paralogismo de la extrapolación (45) o, lo que es similar, falacia de desubicuidad) que pasa por alto, soslaya, el método de nuestro codificador originario. En otros términos, tal pensar está apegado al método del Código francés que fuera criticado, con acritud, por Vélez Sarsfield. Esta (in)comprensible dependencia cultural (eurocentrismo) evidencia, además, la desacertada afirmación del jurista que exhibe la última oración acerca de los códigos decimonónicos.

En efecto, contrariamente a lo aseverado por el autor citado, el Cód. Civil derogado no “partió”, en el caso, del “modelo francés” y tampoco, naturalmente, consagró “distintas normas a cada uno de los dos sectores de la responsabilidad” ni estableció “relevantes diferencias de regulación entre cada uno de ellos”. Por el contrario, Vélez explicó claramente porqué se apartó del “modelo francés” en tres significativas notas que han sido soslayadas —palpita cierto desprecio por lo propio, es decir por el método del Cód. Civil originario— por el jurista. También por la doctrina

(43) Sobre el punto puede verse: BARBERO, Ariel E., “La responsabilidad civil. Volver a los límites del Código Civil”, 1ª ed., La Ley, Buenos Aires, 2001, 1ª ed., ps. 45-48.

(44) Este modo inadecuado (errado) de nombrar a la responsabilidad, es decir como sinónimo de obligación, lo analizo en: MARTÍNEZ, Jorge P., “Una aproximación a la responsabilidad civil en el Código Civil y Comercial”, RCCyC 2021 (octubre), 20, AR/DOC/2580/2021. En el caso, el codificador debió escribir “obligación” no “responsabilidad”.

(45) Una muestra lúcida de tal parallogismo en: DELEUZE, Gilles – GUATTARI, Félix, “El Anti Edipo. Capitalismo y esquizofrenia”, Ed. Paidós, Buenos Aires, 2019, 1ª ed., 9ª reimp., p. 119.

dominante en sus múltiples intentos de unificar lo que ya estaba unificado (46).

El pensar metodológico del codificador originario tampoco aparece cuando el autor, en el punto III, reseña el “régimen del Código de Vélez”. Menciona, en efecto, el régimen del incumplimiento de las obligaciones (arts. 505 a 514; 519 a 522 y ccds.). Refiere, sesgadamente también, a los actos ilícitos y al gran muro divisorio que fue el —mal interpretado (47)— art. 1107 del Cód. Civil derogado.

Se detiene, a renglón seguido, en las diferencias mencionadas por la doctrina entre “los dos tipos de responsabilidad” y, en prieta síntesis, las limita a tres (prescripción, extensión del daño resarcible y régimen de la mora). Una lectora, respetuosa de las palabras de la ley (Cód. Civil derogado), podría preguntar:

i) ¿por qué no mencionó que el Cód. Civil originario presentó (arts. 495-896) una teoría general de la obligación autónoma e independiente de sus fuentes?;

ii) ¿es lo mismo, en el régimen del Cód. Civil derogado, incumplir una obligación que incumplir una obligación contractual/delictual/etc.?

iii) ¿por qué menciona a los actos ilícitos (fuente de las obligaciones) y soslaya a los contratos (regulados en la Sección Tercera del Libro Segundo) y, también, a las otras fuentes?

Las sencillas respuestas: porque sus categorías de pensamiento abrevan en las aguas del criticado —por Vélez— método del Código francés. Y, en tal sentido, para espejar su discurso en los dos tipos de responsabilidad equipara —he aquí los parallogismos—: i) el incumplimiento de la obligación al incumplimiento de la obligación contractual (responsabilidad contractual); y ii) a los actos ilícitos (fuente de las obligaciones) con la responsabilidad extracontractual. Al pensar así se impregna del método del *Code* que dividió ilógicamente a la obligación y su incum-

(46) Para corroborar el aserto puede leerse BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 18-22.

(47) La explicación puede verse en BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 17-43. También en MARTÍNEZ, Jorge P., “La unificación...”, ob. cit., ps. 115-116.

plimiento/falta de pago (responsabilidad civil contractual/ extracontractual).

El discurso que se critica es hijo de la afrancesada doctrina autoral que ignoró al originario método del derogado Código. La severidad, la acritud de Vélez fue soslayada, pasada por alto. Paradojalmente se interpretó el derogado Cód. Civil como si fuera el *Code* o, mejor expresado, como si exhibiera su misma “división ilógica”.

Antes de proseguir con la crítica es imprescindible recordar el pensamiento de Vélez. Su pensar no ha perdido virtualidad porque, contradictoriamente, el Cód. Civ. y Com. exhibe, también, una teoría general de la obligación autónoma e independiente de sus fuentes (arts. 724-956). No es exagerado afirmar, a la luz de lo expuesto, el embrollo que exhibe el Cód. Civ. y Com. al receptor, por un lado, el método del derogado Código; y, por otro lado, al unificar a las dos órbitas de la responsabilidad que provienen, en rigor, del Código francés.

En suma, las propias palabras del codificador originario pueden confrontar al discurso que aquí respetuosamente se critica. Es que tal discurso, paradojalmente, se empapa, no solo para discurrir sobre el Código originario, de las criticadas categorías derivadas del defectuoso método del *Code*. Es de lamentar, entonces, el desprecio por lo propio (las enseñanzas de Vélez) que exhibe.

VI. La “responsabilidad contractual” o el olvido de la diferencia entre obligación y contrato

Se escribe con frecuencia, aunque existen excepciones, que la *responsabilidad contractual* es aquella que surge del incumplimiento de un contrato (48), la que deriva de un contrato (49) o, en similar sentido, la engendrada por la violación de compromisos contractuales (50).

(48) IBARLUCÍA, Emilio A., “Antijuricidad y responsabilidad civil. Fundamento constitucional”, LA LEY, 2012-A, 573.

(49) SCBA, ac. 79.514, 13/08/2003; entre muchas otras.

(50) CAZEAUX – TRIGO REPRESAS en su conocido compendio de *Derecho de las obligaciones*, Ed. Platense, vol. II, p. 577.

Se la presenta en forma casi universal, asimismo, juntamente con la *responsabilidad extracontractual* (delictual, aquiliana, o por hechos ilícitos). Se trata, se dice, de regiones, campos, órbitas que conforman el universo de la responsabilidad civil. En suma, las dos órbitas de la responsabilidad, el “dualismo” mencionado por el autor citado.

Se puede observar, en tales discursos, cómo las palabras de nuestro codificador originario se revisten de desconcertante actualidad. En efecto:

i) Primero, por cuanto los autores olvidan, al presentar a la responsabilidad contractual así, que “una cosa es el contrato que da nacimiento a la obligación y otra la obligación convencional, que no es sino el efecto del contrato” (51).

De ahí que corresponde precisar, para corregir este olvido, que la *responsabilidad contractual* se origina, en rigor, en el incumplimiento de una obligación que nace, a su vez, de un contrato. Se incumple, va de suyo, la obligación nacida de un contrato.

Dicho de otro modo, la oración “la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de un contrato” es una oración “elíptica” o, lo que es similar, una forma abreviada de la oración “la responsabilidad contractual es aquella que surge del incumplimiento de una obligación nacida de un contrato”.

Debemos, por lo tanto, prolongar (52) —para evitar errores y/o malentendidos— a la oración criticada y repetirnos interiormente que “la responsabilidad contractual se refiere, en puridad, al incumplimiento de una obligación contractual, vale decir a la obligación nacida de un contrato”.

Sin embargo, tal correctora *prolongación* resulta insuficiente para evitar los errores y malentendidos que provoca la acrítica repetición del sintagma (*responsabilidad contractual*).

(51) De la nota del codificador a la parte primera “De las obligaciones en general”, ob. cit.

(52) WITTGENSTEIN, Ludwig, “Investigaciones filosóficas”, Ed. Crítica, Barcelona, 2008, 4ª ed., p. 33.

ii) Segundo, desde que “al tratar de los efectos de las obligaciones y de las causas de ellas, se trata únicamente de los efectos y causas de los contratos, que solo son una de las fuentes de las obligaciones” (53).

Importa aclarar que la responsabilidad contractual aparece en el campo de la teoría general de la obligación cuando se discurre sobre los efectos del no pago (incumplimiento) de la obligación nacida de cualquier fuente. En otros términos, a los efectos anormales (incumplimiento) de la obligación, a la falta de pago de ella, algunos autores los denominan responsabilidad contractual. Y el uso de tal denominación, en tanto remite “en el plano más exterior” (54) al incumplimiento de un contrato, “al tratar de los efectos de las obligaciones” —falta de pago— induce a tratar “únicamente de los efectos (...) de los contratos (55), que solo son una de las fuentes de las obligaciones”.

Es que numerosos autores no *prolongan* la oración abreviada, no aclaran la oración *elíptica* y se abisman, al incurrir en tal omisión, en la confusión o, mejor expresado, caen en la trampa que les tiende el lenguaje (56). El lenguaje juega, en el caso, con el decir (escribir) de los juristas, de tal manera que este se deja llevar con gusto a las significaciones de las palabras que están sobre todo en el plano más exterior (57). Y las significaciones que están en el plano más exterior se refieren, claro está, al contrato y no, ciertamente, a la obligación.

No está de más señalar: cuando se escribe —en el ámbito de la teoría general de la obli-

(53) *Ibidem*.

(54) HEIDEGGER, Martín, “Qué significa pensar”, Ed. Trotta, Madrid, 2005, ps. 118-119.

(55) Incumplimiento de la obligación contractual. Tal incumplimiento es, en puridad, el efecto del efecto. Es que el contrato es causa de la obligación —efecto— y el incumplimiento es el efecto de la obligación contractual.

(56) Los alumnos, en las mesas de exámenes para libres y aun las cursantes después de la explicación —con las debidas aclaraciones— del tema, contestan en forma casi unánime que la “responsabilidad contractual es la que surge del incumplimiento de un contrato”.

(57) HEIDEGGER, Martín, “Qué significa pensar”, ob. cit., ps. 118-119.

gación— *responsabilidad contractual* se debe aclarar, y precisar, a renglón seguido, que tales equívocos vocablos se refieren a las consecuencias de no pagar una obligación cualquiera haya sido la fuente (hecho idóneo) que la haya producido, originado.

En tal sentido, se ha señalado que carece de rigor científico esta terminología —llamar *contractual* a la responsabilidad de marras— porque tal responsabilidad no dimana solo de la violación de obligaciones contractuales sino también de la infracción de obligaciones nacidas de otras fuentes (58).

El lenguaje, en tal caso, se alía con la importancia y preponderancia del contrato como fuente principal de las obligaciones (59) y resulta, por lo tanto, un instrumento que clausura (desvía) el camino hacia el auténtico pensar el novedoso método de nuestro Código Civil originario.

En suma, los autores que escriben —y piensan— del modo descripto “confunden los efectos de los contratos con los efectos de las obligaciones. ‘¿Cómo tomar como una misma cosa, dice Marcadé, el efecto del contrato y el efecto de la obligación, cuando las más veces la obligación no es sino un efecto del contrato?’

“Si la obligación no produce jamás los efectos del contrato, el contrato recíprocamente no produce los efectos de la obligación. Sin duda que, si el contrato puede producir la obligación misma, puede arrastrar consigo los efectos de esta obligación; más los llevará como consecuencias ulteriores y no como engendrados por él (...). En fin, si la obligación y por consecuencia sus efectos, pueden resultar del contrato, pueden también nacer de otro origen: por lo tanto, los efectos del contrato no pueden ser jamás producidos por la obligación” (60) y (61).

iii) Tercero, porque, al fundar la responsabilidad en la violación del contrato, se reduce el

(58) TELLES GALVÃO, ob. cit., p. 330.

(59) LLAMBÍAS, Jorge J., “Tratado de derecho civil. Obligaciones”, Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 5ª ed. act. por Patricio Raffo Venegas, t. I, p. 59.

(60) Su remisión a Marcadé: t. IV, nros. 460 y 461.

(61) Nota al art. 505 del Cód. Civil derogado.

fenómeno del incumplimiento solamente al supuesto de las obligaciones contractuales y se ignora, por lo tanto, que estamos en el ámbito de los efectos de las obligaciones en general.

Tal inadmisibles reducción (62), al excluir del análisis a la falta de pago (incumplimiento) de las obligaciones que nacen de otras fuentes, “causa una inmensa confusión en la jurisprudencia”. Intenté mostrar, dispénsese la propia cita, la aludida confusión en la doctrina legal de un prestigioso superior tribunal provincial. Puede verse, en tal sentido, “[l]a deficiente prestación del servicio de salud y la prescripción (entre el falso dilema de la 'responsabilidad contractual' y la 'responsabilidad extracontractual')” (63).

La denominación resulta —me permito insistir—, en el ámbito de la teoría general de la obligación, incorrecta y provoca una extendida confusión y errores que, en algunos casos, “no pueden (pudieron) corregirse”. La confusión se ha expandido porque en numerosos discursos no se aclara la elipsis, vale decir no se explicita que la responsabilidad contractual es, en puridad, aquella que surge del incumplimiento de una obligación que nació de un contrato.

Y aunque se la aclare, el equívoco persiste cuando se pretende hacer jugar tal denominación en el ámbito de la teoría general de la obligación, por ejemplo, al dividir a la responsabilidad civil en dos grandes campos —*contractual* y *extracontractual* (64)—.

No menos incorrecto resulta presentar una visión actual y otra tradicional para postular, por un lado, la unificación (antes del Cód. Civ. y Com.) de los dos campos —*contractual*, *extracontractual*—; y, por otro, para describir la anterior separación entre ambos. Admítanse estas

simples preguntas: ¿Qué es lo tradicional? ¿Qué es lo actual? ¿En qué se piensa cuando se escribe tradicional—actual? ¿Cuándo se realizó el salto de la visión tradicional a la actual? ¿Nuestro Código Civil derogado —o el francés— es el tradicional? ¿O será la antigua opinión de la doctrina supuestamente superada por la visión actual de los autores?

Múltiples son las preguntas que desnudan los errores que encierra el falso dilema (*contractual—extracontractual*), las falsas visiones —tradicional, actual— y la insólita unificación de lo que no estaba dividido en nuestro código derogado. Es que tenemos (teníamos) el mismo “tradicional” Código Civil, y su método había sido celebrado —debemos recordarlo— por los autores más respetados (65), que no ha dividido a la responsabilidad en *contractual* y *extracontractual*. En pocas palabras, rigió (hasta el mes de julio del año 2015) el mismo Código cuyo celebrado método no ha sido jamás modificado (tampoco por el nuevo Código).

En efecto, la separación entre la obligación (y, claro está, sus efectos: pago, falta de pago, rehusar el pago) y sus fuentes (entre ellas: contratos, responsabilidad civil, gestión de negocios, empleo útil, enriquecimiento sin causa; etc.) exhibe, de más está escribirlo, su “tradicional” y “actual” lozanía. Sin embargo, se escribía —se pensaba, se enseñaba— que la visión actual unifica ambos campos que antes estaban separados. Pero la ley, el Código derogado, ¿no era el mismo? o ¿había sido declarado inconstitucional su método? ¿Se sabía, en rigor, lo que pretendía unificar la visión actual?

La confusión palpita si se reflexiona sobre las preguntas realizadas en este punto. Es que, en el reino del eurocentrismo, la visión actual “traduce”, al parecer, al Código francés y, al hacerlo, “traiciona” la “tradición” —nuestro Código—. Tal vez no sea accidental que la semántica de “traición” y “traducción” no esté enteramente ausente de la de “tradición” (66).

(62) “Ha resultado de esto que no hay un título de las obligaciones en general que nacen de tan diversas causas”. Vélez, en la nota citada a la parte primera, se refiere al Código francés, aunque, *mutatis mutandis*, puede aplicarse a los autores que piensan a tal responsabilidad como la derivada de un contrato.

(63) MARTÍNEZ, Jorge P., ob. cit.

(64) Entre tantos otros: VÁZQUEZ FERREIRA, Roberto A., “Los presupuestos del deber de reparar”, LA LEY, 2012-C, 673.

(65) Por todos: LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., p. 73, nota 1.

(66) STEINER, George, “Lecciones de los maestros”, Ed. Siruela - Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 12.

En resumen, no existían, no podían existir, dos visiones porque se aplicaba, en este tópico, el mismo e idéntico Código Civil. El codificador —recordémoslo— había criticado, con insistencia y severidad, la división metódica ilógica del Código francés; y nuestras afrancesadas doctrinas autoral y jurisprudencial introdujeron acriticamente tal división (*contractual-extracontractual*) y se propuso, además, para mayor confusión, unificarla.

En definitiva, al escribir —hablar, pensar— sobre la responsabilidad contractual no vemos (67), olvidamos, que debemos pensar, en rigor, sobre la falta de pago de la obligación que nació de cualquier fuente. Es que la obligación, cualquiera sea su origen, puede no pagarse, incumplirse. Es que la obligación que nació de un hecho ilícito (mal llamada *responsabilidad extracontractual*), también, puede incumplirse.

De ahí que, ello sentado, la utilización de tales inadecuados vocablos (*responsabilidad contractual-extracontractual*) permite presentar este galimatías: la *responsabilidad extracontractual* origina, no pago de la obligación mediante, a la *responsabilidad contractual* (68). O, según el reciente Código, la violación del deber de no dañar a otro origina, no pago de la obligación que surge de él, una nueva obligación, es decir, la nacida del incumplimiento de la obligación cuya fuente resultó la violación del deber de no dañar a otro. Meditar en esta última oración, es decir en la obligación que nace de la violación del *neminem laedere* que, a su vez, se incumple y produce el nacimiento de otra obligación nos deja en el universo cerrado de la aporía que describe el art. 1716 Cód. Civ. y Com.

Sin embargo, era más sencillo y correcto prescindir de los sintagmas importados del *Code* y, por tanto, escribir, para superar la confusión,

(67) Como en la célebre carta robada de las habitaciones reales. Del homónimo cuento de POE, Edgar A., "Obras completas", Ed. Claridad, Buenos Aires, 1993, ps. 89-103.

(68) Y, para completar el galimatías, ¿el no pago de esta obligación es, como lo afirman algunos autores, un hecho ilícito? Y el hecho ilícito es fuente de la obligación cuyo no pago (incumplimiento) produce la obligación cuyo no pago... La confusión, el embrollo de las ideas, la aporía resulta, pues, patente.

que el hecho ilícito (delito/cuasidelito) origina la obligación de reparar el daño causado (conf. arts. 1077 y cccls., Cód. Civil derogado) y, en tal caso, el deudor es responsable, con su patrimonio, por no pagar tal obligación. El deudor, en verdad, es responsable patrimonialmente por no pagar cualquier obligación, vale decir, la nacida de los contratos, de los delitos, cuasidelitos, enriquecimiento sin causa, de la ley, de la declaración unilateral de la voluntad. La noción de responsabilidad se actualiza cuando el deudor no paga, es decir cuando no cumple su deber específico y calificado o, lo que es igual, su obligación.

VII. La responsabilidad extracontractual o "las cosas no responden a sus nombres" (69)

En el método del Código Civil francés se encuentra el origen de la expresión *extracontractual* (70), vale decir todo lo que no provenga de un contrato (71) resulta *extracontractual* y, por lo tanto, en esta amplísima órbita corresponde incluir al resto de las obligaciones —no contractuales—, esto es a las obligaciones cuyas fuentes no son el contrato.

En tal sentido, al incumplimiento de una obligación contractual/convencional se lo llamó "responsabilidad civil contractual" y, por otro lado, al incumplimiento de una obligación nacida de otra fuente (no contractual) "responsabilidad civil extracontractual". Esta binaria y confusa clasificación, se insiste, fue criticada por nuestro codificador originario, de ahí que tales sintagmas, coherencia mediante, no están presentes en el texto del código velezano (los importó e incorporó, admítase el recordatorio, el dec. ley 17.711 en los arts. 522, 4037).

No está de más insistir: la presencia, en el vocablo *extracontractual*, del prefijo "extra", que significa "fuera de" (72) explica la compren-

(69) "Así que, lo que llamábamos 'cielo' no lo es; 'amor' no; 'eterno' no. Las cosas no responden a sus nombres" (ELYTIS, *Odysseas*, "Verbo el oscuro", en *Elegías de oxópetra*, Ed. Nuevohacer, Buenos Aires, 1999, 1ª ed., p. 46).

(70) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén H., ob. cit., p. 31.

(71) BARBERO, Ariel E., ob. cit., p. 20.

(72) REAL ACADEMIA ESPAÑOLA, "Diccionario de la Lengua Española", 21ª ed., t. I, p. 933.

sión anterior, es decir: si la obligación no nació de un contrato es una obligación de fuente extracontractual. Y, desde luego, si se incumplen tales obligaciones se habla de responsabilidad civil extracontractual. Este inadecuado modo de nombrar, naturalmente, no era posible en nuestro código originario porque presentó una teoría general de la obligación independiente de sus fuentes.

En tales circunstancias, gran parte de la doctrina autoral y jurisprudencial incluye, equívocamente —o, mejor dicho, soslayando la regulación de nuestra propia Ley—, en el ámbito de la *responsabilidad extracontractual* a las obligaciones que nacen de otras fuentes, es decir a las obligaciones que “se forman sin convención”.

Al respecto, señala Llambías que el régimen de *responsabilidad extracontractual* no obstante el sentido de esa terminología que parece referirse a cualquier situación ajena a un contrato, sólo comprende a los hechos ilícitos culposos o dolosos (73). Esto es: a una de las tantas fuentes de las obligaciones. Podrá advertirse, a través de una mínima reflexión, el reduccionismo ontológico, epistemológico y fenomenológico que encierra (quedan afuera de la clasificación las obligaciones que nacen de las fuentes que no sean el contrato y los hechos ilícitos) el uso de la binaria clasificación importada de Francia.

El respetado jurista afirma, asimismo, que en general los autores se atienen a la literalidad de las expresiones *contractual* y *extracontractual* y nos alerta que *tal comprensión quiebra la teoría general de la obligación desarrollada por el codificador* en la parte primera (“De las obligaciones en general”) de la Sección primera del Libro Segundo (74). La afrancesada doctrina nacional quebró, ciertamente, la teoría general de la obligación. Intenté mostrar su olvido, y sus múltiples resonancias, en otro texto ya citado en la nota 25.

En resumen, en nuestro derogado Código Civil lo *extracontractual* no comprende a lo extra—contractual sino a los delitos y cuasidelitos.

(73) LLAMBÍAS, Jorge J., ob. cit., t. III, p. 557.

(74) *Ibidem*, p. 557, nota 120.

En efecto, los hechos ilícitos culposos o dolosos o, con mayor precisión, los delitos y cuasidelitos (75), causa—fuente de la obligación de reparar (conf. arts. 499, 1077, 1078, 1079, 1081 y ccds., del Cód. Civil derogado), aparecen *encubiertos* (recubiertos) por la confusa y equívoca denominación. Cuando se escribe, cuando se oyen los vocablos *responsabilidad extracontractual* debe escucharse —a pesar de la potencia encubridora que emana del sintagma—: *hechos ilícitos*.

La exterioridad de las palabras del aludido significante adormeció a numerosos juristas quienes pensaron (piensan), escribieron (escriben) y difundieron (difunden), con pretensión de objetividad, que la *responsabilidad extracontractual* se refiere a todas las obligaciones que no son contractuales, a las que nacen sin convención, es decir a las obligaciones que nacen de aquellas fuentes que están “fuera” del contrato (delitos, cuasidelitos, ley, declaración unilateral de la voluntad, enriquecimiento sin causa, etc.).

El lenguaje del derogado Cód. Civil imponía escribir, para evitar equívocos y confusiones, que los hechos ilícitos, comprensivos de los delitos y cuasidelitos, resultan causa fuente de la obligación de reparar. Ni siquiera es apropiado decir que la responsabilidad, en el caso, surge de los hechos ilícitos. Es que, en rigor, lo que surge, lo que nace como sanción por cometer un delito—cuasdelito, es la obligación de repararlo.

En suma, lo que llamá(ba)mos *responsabilidad extracontractual* no lo es, *responsabilidad* no, *extracontractual* no. Las cosas, como lo enseñó el genial poeta, “no responden a sus nombres”.

VIII. Retorno a la confrontación con el texto de uno de los codificadores

La repetición acrítica y adormecedora de los mostrados falsos ídolos verbales explica, no sin perplejidad por la presencia de los paralógis-

(75) Que incluye no sólo a los hechos ilícitos culposos sino, también, a todos los hechos ilícitos, que no son delitos, previstos en el tít. IX (“De las obligaciones que nacen de los hechos ilícitos que no son delitos”) de la Sección segunda del Libro Segundo.

mos de la extrapolación y del *double bind*, que los autores señalen que se han unificado las dos órbitas de la responsabilidad (contractual-extracontractual) cuando el art. 1716 no las menciona siquiera o, mejor dicho, habla a las claras de otra unificación.

Esta anomia resulta, por la presencia de los aludidos paralogismos, sorprendente. En este instante, este discurso se demora unas líneas para mostrar el equívoco salto conceptual que se ha delineado, dibujado en el aire, con forzadas palabras. El codificador de marras, para decir lo que no dicen las palabras de la ley, escribe en el punto IV de su trabajo:

“Así, su art. 1716 dispone: 'Deber de reparar. 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 este Código'. *En otras palabras (76)*, cualquiera sea la fuente del deber (77) de reparar el daño (*la violación del deber general de no dañar —fuente (78) de la responsabilidad 'contractual'—, o el incumplimiento de una obligación —fuente (79) de la extracontractual—*) la responsabilidad se rige, en principio, por las mismas reglas” —el énfasis no está en el original—.

Otro calificado autor, en el mismo sentido, escribe:

“De manera que —salvo excepciones de especie— *la violación del deber general de no dañar —génesis de la responsabilidad contractual—* o

(76) En estas “otras palabras” se produce el salto a la infracción de las palabras de la Ley o, mejor dicho, a su lisa y llana derogación. La interpretación derogatoria se contamina, además, del paralogismo del *double bind* o del doble atolladero. La comprensión queda atascada, por lo tanto, en la aporía.

(77) *Rectius*: obligación.

(78) Error: si se viola el deber de no dañar a otra nace la obligación de reparar el daño, de modo que tal violación es “fuente” de la obligación y no, como escribe el codificador, de la “responsabilidad contractual”.

(79) Error: si no se paga una obligación esta cae en la etapa de la responsabilidad patrimonial (conf. arts. 724, 730, 743 y ccuds. Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, en el confuso caso del art. 1716 del Cód. Civ. y Com., el no pago produce el nacimiento (es fuente) de la obligación y no, como afirma el codificador, de la responsabilidad extracontractual.

el incumplimiento de una obligación —fuente de la responsabilidad extracontractual—, la responsabilidad se rige por las mismas reglas” (80) —énfasis agregado—.

Importa recordar, para abrir la (in)comprensión de tales textos, que cierta parte de la doctrina denomina *responsabilidad extracontractual* a la violación del deber de no dañar a otro (hechos ilícitos) y, asimismo, *responsabilidad contractual* al incumplimiento de una obligación (81) (algunos añaden el adjetivo contractual).

De manera que, para los citados autores (quienes postulan —además— la unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual), la “responsabilidad extracontractual” es “fuente —génesis— de la responsabilidad ‘contractual’” y, a su vez, la “responsabilidad contractual” es “fuente de la extracontractual”. Nada más circular, aporético e incomprensible que este paralogismo del *double bind* o del doble atolladero.

Debe escribirse nuevamente el paralogismo: los autores señalan que la “responsabilidad extracontractual” es fuente de la “responsabilidad contractual” y que esta, la “responsabilidad contractual”, es fuente de la “responsabilidad extracontractual”. Las palabras quedan atascadas en este círculo vicioso y no pueden explicar semejantes paralogismos. ¿Qué hay detrás de tales prosas? ¿Cuál es el hilo conductor que las sostiene?

Esta crisis del lenguaje de los autores engendra nuevas preguntas: i) ¿por qué la “violación del deber de no dañar a otra” (“responsabilidad extracontractual”) es fuente de la responsabilidad contractual?; ii) ¿por qué el “incumplimiento de la obligación” (“responsabilidad contractual”) es fuente de la “responsabilidad extracontractual”?

Es que si se viola el deber de no dañar a otro nace, acreditados naturalmente sus presupuestos, la obligación de reparar cuyo incumplimiento, su falta de pago, se mal denomina

(80) GAGLIARDO, Mariano, ob. cit., p. 3.

(81) Esta asimilación les permite postular, pese a que el art. 1716, Cód. Civ. y Com., no lo dice, que se ha unificado la responsabilidad contractual y la extracontractual.

“responsabilidad contractual” (82). Ahora bien, si se incumple la obligación (“responsabilidad contractual”), a este incumplimiento se lo considera un hecho ilícito (“responsabilidad extracontractual”), de ahí que sería, tal incumplimiento, fuente de la “responsabilidad extracontractual” (83). En el párrafo anterior se intenta explicar, con otras palabras, el atascadero que, en el fluir de la comprensión, detiene la afirmación (paralogismos) de los citados autores.

En resumen, los falsos ídolos verbales (*responsabilidad contractual-responsabilidad extracontractual*), provenientes del defectuoso método del Código francés (falacia de *desubiciudad*), provocan, desatención de los autores mediante, la inusitada circularidad, la inextinguible aporía del paralogismo del *double bind* o del doble atolladero.

El mismo tema puede describirse, para alcanzar la comprensión y salir del paralogismo, al compás del Código Civil originario. Me parece correcto explicarlo así: el hecho ilícito (delito/cuasidelito) es fuente de la obligación (de reparar) y el incumplimiento (no pago) de esta (en rigor, de cualquier obligación), su falta de pago, abre la etapa coactiva de la responsabilidad (patrimonial) del deudor.

IX. Los fundamentos de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria

Se han mostrado, con cierta acritud, los paralogismos que ponen en crisis a la unificación de la responsabilidad civil contractual y extracontractual. Escuchemos ahora la explicación de los codificadores acerca de la tarea realizada no sin destacar el asombro que provoca, a la luz del

art. 1716 del Cód. Civ. y Com., la lectura del título del punto 2 (84). Dicen, sobre el punto, que:

i) “[l]a tesis que se adopta es la unidad del fenómeno de la ilicitud, lo cual no implica la homogeneidad (85), ya que hay diferencias que subsisten”;

ii) “la problemática derivada del incumplimiento, queda regulada en el campo obligacional y contractual”;

iii) “[e]n la propuesta que se hace, se distingue, la problemática del incumplimiento y su ejecución, regulada en el campo de las obligaciones y contratos, de los demás aspectos, que se incluyen en la responsabilidad por daños”.

La idea de unidad del fenómeno de la ilicitud, de la unificación de los ámbitos de la responsabilidad civil, se desvanece si el pensar retiene los propios argumentos que la comisión presentara al acompañar el anteproyecto. ¿Diferencias que subsisten en la unidad? ¿Qué clase de unidad entonces?

Resulta esencial, a la luz del paralogismo de la ilogicidad (unidad con diferencias), interrogar: ¿por qué la unidad no es unidad? ¿Por qué la unificación “no implica homogeneidad”? ¿Cuáles son las diferencias que subsisten?

Corresponde preguntar, también, si la no homogeneidad o, lo que es igual, las diferencias que subsisten se limitan solamente a la existencia de una doble regulación; a saber: i) por un lado, *la problemática derivada del incumplimiento y su ejecución*; y ii) por otro lado, los “*demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños*”. ¿Una doble regulación en la unidad?

(82) La violación del deber de no dañar a otro es, en puridad, fuente de la obligación de reparar. Si se incumple tal obligación nace, a su vez, la obligación de reparar. He aquí la circularidad (aporía) que exhibe el art. 1716, Cód. Civ. y Com.

(83) Error: el incumplimiento provoca la caída de la obligación en la etapa de la responsabilidad patrimonial. En el equívoco artículo 1716 del Cód. Civ. y Com., por el contrario, tal fenómeno (incumplimiento de la obligación) es fuente de la obligación y no, me permito insistir, de la responsabilidad extracontractual.

(84) Se lee: “La unificación de la responsabilidad contractual y extracontractual”, Código Civil y Comercial de la Nación, cit., p. 563.

(85) “Homogeneidad: calidad de homogéneo. Homogéneo: 1. adj. Perteneciente o relativo a un mismo género, poseedor de iguales caracteres. 2. adj. Dicho de una sustancia o de una mezcla de varias: De composición y estructura uniforme. 3. adj. Dicho de un conjunto: Formado por elementos iguales” (“Diccionario de la Lengua Española”, 22ª ed., consultado en <http://buscon.rae.es/draef>).

Ahora bien: ¿qué se entiende por incumplimiento y su ejecución? ¿Cuáles son los demás aspectos supuestamente no incluidos en el ámbito obligacional y contractual? ¿La problemática del incumplimiento se regula en los señalados ámbitos?

Si se medita auténticamente sobre los fundamentos reseñados, tal meditación debería provocar, en los autores que postularon la existencia de la unificación de los ámbitos de la responsabilidad contractual y extracontractual, asombro y perplejidad estar frente a:

i) la “*no homogeneidad*” de la unidad;

ii) las diferencias que subsisten; y

iii) esta doble, y sorprendente, regulación después de realizar la unificación, esto es: incumplimiento y su ejecución, por una parte; y los demás aspectos que se incluyen en la responsabilidad por daños, por la otra.

Retomemos el texto del jurista/codificador para analizar la “no homogeneidad”, las diferencias (“irreductibles”, dice) que subsisten; y, asimismo, la doble regulación que de ellas se desprenden. Después de tal recorrido: ¿podrá afirmarse, sin caer en los paralogismos que intenta mostrar este discurso, que se han unificado los ámbitos de la responsabilidad o, con las palabras de la ley, la violación del deber de no dañar a otro y el incumplimiento de una obligación?

El autor glosado presenta, en el punto V, las “diferencias que subsisten”. Antes de analizarlas introduce, con la finalidad de validarlas/justificarlas, la siguiente argumentación:

“Aun cuando la unificación que opera el nuevo código se basa en la identidad de finalidad y de presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad, y tiende a lograr también, en principio, una unidad de efectos, ella no implica subsumir a la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”.

Intentemos comprender lo que afirma el codificador antes de la cita de la destacada jurista francesa que, como es sabido, escribe desde/en un contexto normativo (Código francés) que exhibe, aunque hegemonícamente pase desapercibido [*falacia de desubicidad* (86)], un método muy distinto al nuestro.

Señala el autor la “identidad de finalidad y presupuestos entre ambas esferas de responsabilidad”, es decir podría comprenderse que ambas responsabilidades tienen por finalidad reparar el daño causado y, además, sus presupuestos son idénticos (daño; antijuridicidad; factores de atribución; relación de causalidad). Hasta aquí, se insiste, puede comprenderse lo que afirma. La comprensión comienza a resquebrajarse, sin embargo, cuando el autor menciona la “unidad de efectos”: ¿a qué unidad, a qué efectos se referirá? (87)

Es, ciertamente, muy difícil comprender el sentido de la enunciación en punto a que la unificación “no implica subsumir la obligación en el hecho ilícito, ni desconocer la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”. ¿La obligación podría subsumirse en el hecho ilícito? ¿Alguien pensó alguna vez que no son radicalmente diferentes la obligación del hecho ilícito (delitos/cuasidelitos)?

Expresado categóricamente: jamás puede subsumirse la obligación (efecto) en el hecho ilícito (unas de sus causas en el Cód. Civil derogado), tampoco puede subsumirse en el contrato, en la gestión de negocios, en el empleo útil, en el enriquecimiento sin causa, etc.; o, con el lenguaje del Cód. Civ. y Com., en la violación del deber de no dañar a otro. La incomprensión irrumpe en los lectores cuando el codificador señala que la unificación no desconoce “la diferencia estructural entre una y otra fuente del deber de reparar”.

¿La obligación es fuente del deber de reparar? ¿Cuáles son las fuentes del deber de reparar? ¿El texto del codificador no se enmarca en el capítulo I del tít. V, “Otras fuentes de las obligaciones”?

(86) DUSSEL, Enrique D., ob. cit., p. 92.

(87) Se escucha, desde luego, la vaga y confusa respuesta: reparar los daños causados en ambos casos.

En otros términos, si anclamos las palabras del codificador en la realidad este nos dice que si un deudor le debe algo a un acreedor (p. ej., una suma de dinero, un automóvil), esta obligación no puede subsumirse en la acción de matar a otro (delito) o de embestir con el automóvil a un peatón (cuasidelito). Nos dice, además, que la unificación no desconoce la diferencia estructural entre tales obligaciones y tales hechos ilícitos. Y, por último, con el brillo del paralogsismo de la extrapolación, que la obligación (también el hecho ilícito) es “fuente del deber de reparar”.

La obligación, de más está decirlo, no es fuente del deber de reparar. En todo caso, el incumplimiento de la obligación (no la obligación) es fuente, en el aporético Cód. Civ. y Com. (art. 1716), de la obligación (no del deber) de reparar. No está de más recordar que el incumplimiento de la obligación está doblemente regulado en el Cód. Civ. y Com. y que, ocurrido este —el incumplimiento—, la obligación cae en la etapa de la responsabilidad patrimonial del deudor (arts. 724, 730, 743, Cód. Civ. y Com.).

Con la cita de una jurista francesa el autor introduce los sintagmas aquí criticados (responsabilidad contractual y responsabilidad extracontractual) (88). Pasemos por alto a la autora, para no abismarnos en la *falacia de desubicuidad* (89), y meditemos, nuevamente, sobre el decir del autor luego de la referida cita. Señala, en efecto, que “la unificación de las dos órbitas de responsabilidad no diluye la distinta estructura del contrato —o más ampliamente, del incumplimiento de obligaciones— respecto del hecho ilícito, sino que se propone, simplemente, unificar las consecuencias de ambos, sometiéndolos, salvo casos de excepción, a las mismas reglas”.

En el instante de su discurso realiza un salto notable, paralogsismo mediante, hacia la confusión. Es que ahora reemplaza (como si fueran reemplazables) la “obligación” y se refiere a la estructura del “contrato” o “más ampliamente, del incumplimiento de obligaciones” y remarca que la unificación no “diluye la distinta estructu-

ra” “respecto del hecho ilícito”. El desplazamiento conceptual (paralogsismo de la extrapolación) es notable. Aparecen, en tales circunstancias, otras estructuras (“contratos”, “incumplimiento de obligaciones”).

El codificador asimila, equívocamente, a la estructura de la “obligación” (art. 724, Cód. Civ. y Com.), con la estructura del “contrato” (art. 957, Cód. Civ. y Com.) y con la estructura del “incumplimiento de las obligaciones” (arts. 724, 730, 743 y 1716, Cód. Civ. y Com.) y dice que ¿la unificación de las órbitas no diluye la diferencia de estructura con los hechos ilícitos? Las palabras críticas están, sinceramente, de más.

X. Continuación: el propósito de los codificadores de unificar “claramente los supuestos que han generado dificultades serias”

Los codificadores han señalado, en los fundamentos del Cód. Civ. y Com., que “[c]on la solución que proponemos se unifican claramente los supuestos que han generado dificultades serias, como ocurre con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica)” (90).

En otros términos, la unificación clara es la solución —argumentan los codificadores— para los supuestos que han generado dificultades serias. Se ejemplifica con los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica) (91). Es importante retener, por tanto, este esencial —y único explicitado— propósito de la unificación.

Solucionar, en efecto, las serias dificultades que se expandieron, descontroladamente, en el derecho privado argentino es la finalidad de la unificación. Es decir, los codificadores diagnosticaron que las dos órbitas de la responsabilidad provocaron serias dificultades, en relación con los daños a las personas en la responsabilidad

(90) Fundamentos del anteproyecto cit., p. 563.

(91) Así enunciado no parece un problema de unificación pues los codificadores lo presentan, el caso de los daños a la persona en la “responsabilidad médica”, como un supuesto de responsabilidad contractual. Se entiende, de todos modos, que las dificultades estaban relacionadas, para la doctrina hegemónica, con las dos órbitas. Y puede resumirse en este dilema: ¿contractual o extracontractual?

(88) Una crítica esclarecedora puede verse en BARBERO, Ariel E., ob. cit., ps. 34-43; quien cita la opinión, basada en la misma crítica, del respetado jurista Llambías.

(89) DUSSEL, Enrique D., ob. cit., p. 92.

contractual. La solución, por lo tanto, es la clara unificación.

He intentado mostrar en otros textos que las aludidas dificultades están inescindiblemente ligadas a los sintagmas que fueron importados (falacia de desubicuidad) del Código francés cuyo método, del cual provienen, fue criticado con acritud por Vélez en las tres notas señaladas. Notable paradoja —y desprecio por lo propio— provocada por los afrancesados juristas de este país quienes interpretaron su propia ley no solo ignorándola sino como si fuera otra Ley (extranjera) pero no cualquier Ley. Una Ley, un Código —el francés—, he aquí la paradoja (92) alimentada por la falacia de desubicuidad, que fuera severamente criticado, y dejado claramente de lado, porque “causa una inmensa confusión (...) y produce errores que no pueden corregirse”, por el Cód. Civil originario.

¿Cómo no padecer, por lo tanto, serias dificultades si el Cód. Civil derogado se interpretó equívocamente con sintagmas importados de un Código del cual se apartó claramente Vélez?

Las dificultades muy serias, de más está decirlo, las introdujo la propia afrancesada doctrina autoral en tanto su equívoca manera de interpretar (pensar) el Cód. Civil derogado —haciéndole decir lo que en modo alguno decía— se extendió, con el brillo enceguedor de esa luz extranjera, a la no menos afrancesada doctrina jurisprudencial.

Repasemos una de las dificultades serias que se expandieron en el ámbito de la responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual? (93): ¿el médico está obligado, independientemente de la celebración de un contrato, con el paciente?

La respuesta no puede ser otra: no. No lo está si el pensamiento se impregna con la *falacia de*

desubicuidad y razona con la binaria y equívoca clasificación “responsabilidad contractual” vs. “responsabilidad extracontractual”. Vale decir, se aplicaría, en tal supuesto, esto es si no celebró un contrato con el paciente, las reglas de la responsabilidad extracontractual (hechos ilícitos).

Esta respuesta es equívoca y la causa del error anida en los falsos ídolos verbales que propagan la confusión. No hay que pensar, en el caso, con tales categorías (contractual/extracontractual), como hegemonícamente se ha pensado. La interpretación correcta, a la luz del Cód. Civil originario, brotaba al compás de esta pregunta ¿estaba —o no— obligado el médico?

En tales circunstancias, la única respuesta posible era/es la siguiente: sí lo está. Es que el médico está obligado, aunque no se vincule contractualmente con su paciente. Ello es así, toda vez que el ejercicio de la medicina le impone la obligación de obrar con prudencia, diligencia, etcétera.

En otros términos, siempre habrá una obligación preexistente que el médico cumple —o incumple— cuando interviene en la atención de un paciente (94). Tal afirmación está en sintonía con el Cód. Civ. y Com. en tanto este establece, en el art. 1768, que la “actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”. Es importante retener —y meditar— esta sorprendente afirmación, en relación con la (des)unificación, que trae el art. 1768.

Expresado categóricamente: si el ejercicio de la medicina impone obligaciones ¿cómo afirmar, sin precipitarse en la confusión, que la responsabilidad profesional es extracontractual? La responsabilidad civil de los médicos deriva, en tales condiciones, del incumplimiento, del no pago, de las obligaciones [incumplimiento de la obligación = responsabilidad obligacional = responsabilidad contractual (95)], las que impone, precisamente, el ejercicio de la medicina.

(94) HIGHTON, Elena, “Responsabilidad médica ¿contractual o extracontractual?”, JA 1983-III-661.

(95) Denominaciones que suele utilizar la doctrina autoral. El tríptico muestra una progresión hacia la equivocación.

(92) También el oxímoron, esto es la luz francesa que sembró la oscuridad del Código velezano cuyo autor había señalado, paradójicamente, que la luz francesa, en el punto, era confusión.

(93) Si se plantea así, se introduce un falso dilema. Corresponde, por lo tanto, preguntar ¿obligacional o delictual? O, mejor precisado, la obligación de resarcir del médico ¿nace de incumplir una obligación o, por el contrario, de cometer un hecho ilícito?

Los disonantes tonos que resuenan al escuchar los inapropiados vocablos (*contractual-extraccontractual*), la importada e incorrecta clasificación bipartita de marras, la inadvertida renuncia al oficio de pensar desde el Sur explica, en suma, la equivocación y la confusión que porta la respuesta a la pregunta planteada.

Ahora bien, la clara unificación que se propone en los fundamentos, desde una ligera perspectiva pragmática, esto es para “solucionar” las dificultades serias, luce en sintonía con el pensamiento del presidente de la comisión redactora sobre la “función” del derecho actual (96). En tales circunstancias, no es impertinente preguntar: ¿es clara la unificación? ¿Se han superado las dificultades serias?

La solución, en efecto, de unificar claramente los supuestos que provocaron dificultades serias y la sola mención de los daños a la persona en el ámbito de la responsabilidad contractual (ejemplo, responsabilidad médica) impone analizar, está de más decirlo, la unificación, en relación, precisamente, con la responsabilidad médica. ¿El Cód. Civ. y Com. regula específicamente a dicha responsabilidad?

No. Sin embargo, en la sección 9ª “[s]upuestos especiales de responsabilidad”, en el art. 1768, regula a la actividad del profesional liberal que abarca, de más está decirlo, a los médicos. Dice, en efecto, la norma:

“Profesionales liberales. La actividad del profesional liberal está sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer. La responsabilidad es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto. Cuando la obligación de hacer se preste con cosas, la responsabilidad no está comprendida en la Sección 7ª, de este Capítulo, excepto que causen un daño derivado de su vicio. La actividad del profesional liberal no está comprendida en la responsabilidad por actividades riesgosas previstas en el art. 1757”.

Meditar sobre la norma transcrita, escucharla con atención, provoca un enorme llamado de atención. Es que la primera oración realiza una

remisión que debería dejarnos perplejos. *La responsabilidad civil del profesional liberal (médico) está “sujeta a las reglas de las obligaciones de hacer”.*

Entonces:

Desde la responsabilidad civil unificada se remite a las reglas de las obligaciones de hacer (art. 1768, Cód. Civ. y Com.). Vale decir, se unifica para solucionar las dificultades serias en un supuesto de daños a la persona en la responsabilidad contractual de los profesionales (médicos). Sin embargo, cuando el Cód. Civ. y Com. regula genéricamente la responsabilidad de los profesionales liberales desunifica claramente los dos supuestos unificados (violación del deber de no dañar a otra e incumplimiento de una obligación) en tanto la norma remite a las reglas de las obligaciones de hacer.

Sentada tal significativa remisión, las preguntas se precipitan en pos de alcanzar la comprensión o, lo que es similar, para encontrar respuestas en punto a cuál es el régimen aplicable a la actividad del profesional liberal (médico). ¿El régimen de la responsabilidad civil? O, por el contrario, ¿las reglas de las obligaciones de hacer y, en consecuencia, el régimen de la teoría general de la obligación?

La actividad del profesional liberal (p. ej., médicos) está regulada como causa fuente de la obligación en el art. 1768 del Cód. Civ. y Com., esto es como un supuesto especial de responsabilidad civil. No obstante ello, la norma de marras afirma la sujeción del profesional a las “reglas de las obligaciones de hacer”. Si la remisión no es un espejismo en el desierto de la incomprensión, a los profesionales liberales se les aplica la teoría general de la obligación porque están, sin más, legalmente obligados (conf. arts. 1768, 773, 774 y ccds., Cód. Civ. y Com.).

La perplejidad pregunta: ¿para qué se unificaron los fenómenos que integran la responsabilidad civil resarcitoria si luego se desunificó al legislar que los profesionales liberales están obligados?

Este discurso no puede enhebrar ninguna respuesta. Se permite señalar, solamente, la ostensible desunificación y sus inesperadas con-

(96) LORENZETTI, Ricardo L., “Teoría de la decisión judicial. Fundamentos del Derecho”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2006, 1ª ed., ps. 11 y ss.

secuencias, es decir, la existencia de dos plazos de prescripción aplicables a tales supuestos y una doble regulación que impacta, además, en la carga de la prueba (97). He aquí, nuevamente, la insólita aporía.

XI. La propuesta para superar la aporía

La hermenéutica del Código Civil y Comercial debe aproximar un criterio para salir de la aporía que ocasiona la doble (triple) regulación. ¿Cuándo, entonces, se aplica el régimen obligacional y cuándo el de la responsabilidad civil? O, mejor dicho ¿cuándo se aplica el régimen obligacional con el régimen de responsabilidad civil y cuando solamente el régimen de la responsabilidad civil?

Preguntado de otro modo: ¿es posible establecer un criterio para jugar el doble juego normativo y, también, para jugar un solo juego? ¿El doble juego debe pensarse de un modo abismal o, por el contrario, la interpretación debe guiarse por valores que superan tal modo de pensar? ¿La constitucionalización del derecho privado, la persona humana —su dignidad, inviolabilidad— como eje y centro del derecho, no debe estar presente aquí?

La lectura de las preguntas anticipa, al parecer, la respuesta. Ciertamente, debe estar muy presente, en el horizonte del pensar (decidir, valorar, juzgar), la persona dañada. Es que uno de los valores que trae el Código Civil y Comercial, “la constitucionalización del derecho privado”, debe “actualizar”, poner en juego, la protección de la persona a través de los derechos fundamentales (98).

En otras palabras, todo paradigma de derechos humanos implica poner en el centro a la persona (99), desde que el hombre (100) —en-

seña nuestro más alto tribunal nacional— es eje y centro de todo sistema jurídico y en tanto fin en sí mismo —más allá de su naturaleza trascendente— su persona es inviolable (conf. art. 51, Cód. Civ. y Com.) y constituye valor fundamental con respecto al cual los restantes valores tienen siempre carácter instrumental (101).

Y frente a la sacralidad de la persona (102), al valor concreto por excelencia de la persona humana (103), se desvanece, en el vacío de la irrelevancia, la aporía mostrada.

En tales circunstancias, el daño a los derechos fundamentales de la persona es el criterio que permite armonizar la doble regulación que exhibe el nuevo Código en relación con el incumplimiento de la obligación (v.gr., de los profesionales) y sus consecuencias (caída de la obligación en la responsabilidad patrimonial o, por el contrario, nacimiento de una nueva obligación).

De ahí que si el incumplimiento de la obligación provoca solamente un daño patrimonial se aplica el régimen establecido en la teoría general de la obligación. Por el contrario, si su incumplimiento daña a la persona, en su salud psicofísica, etc., tal supuesto es regulado en la responsabilidad civil como fuente de la obligación; pero, también, naturalmente, en la teoría general de la obligación. Deben, por lo tanto, jugarse ambos juegos normativos en pos de la reconstrucción de la coherencia que proteja del modo más eficaz a la víctima dañada.

El anclaje constitucional del *neminem laedere* (104), por un lado; y la ineludible existencia de la obligación, por el otro; apuntalan el crite-

(97) Profundizo esta cuestión en MARTÍNEZ, Jorge P., “La responsabilidad civil en el nuevo Código Civil y Comercial: sus dilemas”, Ed. Platense, La Plata, 2016, 1ª ed., ps. 129-164.

(98) LORENZETTI, Ricardo L., “Aspectos valorativos y principios preliminares del anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 2012-C, 581.

(99) MARTOCCI, José María, “Los derechos están consagrados pero hay que conquistarlos de nuevo”, entrevista publicada en la revista *Vínculos de la Secretaría de Extensión Universitaria de la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales* (UNLP), año 5, nro. 10, octubre de 2012, p. 3.

(100) Mujer, etc.

(101) Fallos 316:479; entre muchos otros.

(102) JOAS, Hans, “La sacralidad de la persona: una nueva genealogía de los derechos humanos”, Jorge Bau-dino Ed., UNSAM Editra, Buenos Aires, 2015, 1ª ed.

(103) PERELMAN, Ch. – OLBRECHTS-TYTECA, “Tratado de la argumentación. Nueva retórica”, Ed. Gredos, Madrid, 1989, p. 136.

(104) MOSSET ITURRASPE, Jorge, “Derecho civil constitucional”, Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2011, 1ª ed., p. 421.

rio propuesto (105). Es que el daño a la salud psicofísica, a la integridad personal de la víctima, a sus derechos personalísimos, muestra la violación de un deber previo (no dañar a otro) y, asimismo, la existencia de la obligación incumplida. La violación del deber de no dañar y el incumplimiento de la obligación se conjugan para mostrar el acontecimiento del daño.

No está de más insistir, el derecho privado en su diálogo con la constitución y con los tratados de derechos humanos o, lo que es similar, la persona humana como eje y centro del sistema jurídico resultan principios “portadores de luz” (106) que deben, precisamente, iluminar la construcción de las respuestas cuando el intérprete (operador jurídico) vacile ante la opacidad (oscuridad) de las dobles (o triples) regulaciones que muestran, naturalmente, respuestas diferentes.

Concretamente, frente a la pretensión resarcitoria promovida por una víctima dañada en su cuerpo, en su salud psicofísica, etc., y la incertidumbre que puede surgir, v.gr. acerca de cuál es el plazo de prescripción aplicable (3 o 5 años), la respuesta no puede ser otra que aquella que preserve la existencia del derecho del acreedor víctima.

La interpretación que concluyera lo contrario, esto es, que está prescripta la pretensión promovida, más allá de su insensibilidad, violaría los arts. 51, 52 y ccds., del Cód. Civ. y Com.

(105) Dejo de lado, al pensar así, lo que escribí en el libro citado en la nota 99. Aquel pensar binario, abismal —esto o lo otro— no estuvo a la altura del discurso (superador de formales muros, barreras) que se debe enhebrar en pos de la protección de lo más valioso: la persona humana.

(106) Así los denominé en MARTÍNEZ, Jorge P., "El derecho de las obligaciones en el nuevo Código", Ed. Universidad Nacional de La Plata - Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, La Plata, 2016, 1ª ed., ps. 27-29.

y, naturalmente, los arts. 17, 18 y 19 de la CN. El *neminem laedere*, el respeto a la dignidad (a su sacralidad) de la persona dañada no toleraría una fría e insensible interpretación anclada en abstractos valores normativos.

En resumen, la propuesta que trae este discurso para conciliar la aplicación del doble juego normativo abreva en el principio *favor debilis* (107) o, lo que es similar, en el principio *pro persona* (conf. art. 29, CADH) (108). Es decir, frente a la tensión normativa que puede emerger de la doble (o triple) regulación, siempre deberá aplicarse la norma que proteja del modo más eficaz a la persona dañada. No es posible, a la luz de los declarados valores que trae el Código Civil y Comercial (arts. 1º, 2º, 51, 52 y ccds.), otra conclusión.

XII. A modo de cierre

La reiterada afirmación de que se ha unificado la responsabilidad civil contractual y extracontractual no solo no tiene anclaje legal (art. 1716, Cód. Civ. y Com.) sino que, además, engendra los parallogismos mostrados. Las dobles (o triples) regulaciones que se mueven al compás de la unificación de la responsabilidad civil resarcitoria provocan una insólita aporía que corresponde superar. La inviolabilidad de la persona, su dignidad, sacralidad o, lo que es similar, el principio *favor debilis*, *pro persona*, se exhibe como un noble instrumento para resolver (disolver) la aporía en pos, naturalmente, de la más eficaz tutela y protección de la persona dañada.

(107) LORENZETTI, Ricardo L., "Las normas fundamentales de derecho privado", Ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1995, 1ª ed., p. 98.

(108) DE CARLI, Ignacio, "El principio *pro persona* como límite a la discrecionalidad interpretativa", *Revista de Interés Público*, año 2, nro. 3, Universidad Nacional de La Plata, Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales, Secretaría de Extensión, ps. 49-63.

Nuevos estándares de responsabilidad civil en la medicina digital

José María Palacio (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Desarrollo.— III. Conclusión.— IV. Bibliografía.

I. Introducción

En este nuevo siglo se han producido cambios vertiginosos. Sin lugar a dudas, la cuarta revolución industrial, concepto presentado por Klaus Schwab en el Foro Económico Mundial de Barcelona (WEF; 2016), impulsó la inteligencia artificial (IA) como una de sus manifestaciones más disruptivas y transformó todos los escenarios globales. Por ello, resulta necesario el estudio de tres pilares epistemológicos; primero, el *blockchain* (en español, “cadena de bloques”) que es una tecnología para administrar un registro de datos *online*, caracterizada por ser transparente y prácticamente incorruptible, lo que garantiza la seguridad, la trazabilidad, la inalterabilidad y la auditabilidad de la información (Blockchain Federal Argentina, 2020); el segundo es la inteligencia artificial, término utilizado para describir cómo las computadoras pueden realizar tareas que normalmente requieren de la inteligencia humana (Donahue, 2018). El tercer aspecto y no menor es la ética de la IA considerada como un subcampo que estudia los dilemas que plantea el desarrollo tecnológico sobre la base de cuatro pilares (Comisión Europea, 2019):

- a) El respeto de la autonomía.
- b) La prevención del daño.
- c) La equidad.

d) La aplicabilidad

El Sistema Sanitario Argentino (SSA) no ha podido escapar a las innovaciones de la inteligencia artificial, originando cambios del paradigma de la medicina tradicional; la coexistencia entre el modelo médico hipocrático y los escenarios digitales, están redefiniendo una nueva cultura de trabajo “digital” y, consecuentemente, un nuevo marco jurídico protector del derecho a la salud que garantice bajo las *hard law*, o *soft law* (Bonatti, 2020), estándares de seguridad jurídica al paciente, sujeto hipervulnerable dentro de un ecosistema sanitario digital.

Virginia Dignum (2018) define la IA como una disciplina que estudia y desarrolla artefactos operativos que exhiben propiedades de autonomía, interoperabilidad o interacción y que pueden aprender de estas. La utilización de la IA en salud es una de las áreas de mayor desarrollo y con mayor posibilidad de uso, en análisis de datos predictivos brindados por el paciente mediante el *big data* sanitario, la medicina de precisión y el aporte a las decisiones clínicas.

No existe consenso en la comunidad científica internacional respecto del concepto, denominación, alcances y modalidades de la medicina de precisión. Para aproximarnos a su conceptualización, la medicina de precisión permite adaptar sistemas de información y datos a la capacidad de diagnóstico y tratamiento, según las características y necesidades de cada individuo, para proveer soluciones seguras, eficaces y sustentables. Ofrece la posibilidad de estratificar en forma previa a los pacientes, mediante el uso de herramientas como la genómica y proteómica entre otras, para determinar quiénes

(*) Profesor titular de la cátedra de Derecho Médico y a la Salud por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales de la Universidad Católica de Córdoba. Abogado. Mg. en Administración de los Servicios de Salud UBA. Doctor en Medicina por la UBA. Asesor legal de la Dirección Nacional de Talento Humano y Conocimiento, Ministerio de Salud de la Nación.

responderán de manera más adecuada a cada terapia, mejorando los niveles de efectividad, en comparación con los fármacos convencionales, que van dirigidos a poblaciones indeterminadas y diversas. La medicina de precisión se aplica a terapéuticas farmacológicas, pero el uso de prótesis, *stents* bajo impresoras 3D, nuevos procesos de diagnóstico, así como sistemas de inteligencia artificial con manejo de datos, amplían su campo junto a acciones de prevención y predicción de patologías o riesgos que involucran no solo al individuo sino también a su núcleo familiar y comunitario (Aizenberg y Jankilevich, 2020). Es posible que la medicina occidental, la que se gestó hace poco menos de 2.500 años con Hipócrates en la antigüedad griega (Bourgey, 1953), haya avanzado más en el último siglo que en los veinticuatro anteriores. En ese afán de ganarle espacio a la muerte, diferentes funciones vitales fueron tercerizadas desde la tecnología.

En 1923, con la insulina de bovinos y porcinos, se logró reemplazar el déficit hormonal de origen pancreático para los pacientes diabéticos (Sánchez Rivero 2007); en EE. UU, en 1956 se desarrolló el primer cartucho presurizado para el tratamiento del asma mediante inhaladores (Maison, 1956); Willen Johan Kolff construyó la primera máquina de diálisis en 1943, que perfeccionó luego en 1945, para sustituir la función renal (Ocharan Corcuera, 2010).

Louise Brown (Kamel, 2013), el primer bebé de probeta, es la prueba de que la reproducción sin sexo es posible, ya que en los sesenta la píldora anticonceptiva había facilitado el sexo sin reproducción (Galán, 2010), aunque huelga decir que la clonación reproductiva constituye el ápice de este giro copernicano (Mendoza Cárdenas, 2012), que no es otra cosa que la materialización de la concepción virginal.

Por ello, debemos preguntarnos: ¿cuál es el vínculo jurídico entre la inteligencia artificial, la medicina digital y los nuevos estándares de responsabilidad civil?

II. Desarrollo

Sin lugar a dudas, la medicina digital mediada por la IA está redefiniendo una nueva cultura de cuidados en las organizaciones sanitarias sean estas de la esfera pública o privada que conlleva la redefinición de las premisas administrativas de gobernanza,

llámese misión y visión institucional, para asimilar este cambio de la clásica cultura organizacional verticalista a un enfoque transversal del talento humano de salud, que ponga al paciente sujeto de derechos y cuidados como centro de la escena.

De la clásica definición de responsabilidad civil ante la lesión de un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico que tenga por objeto a la persona, el patrimonio o el derecho de incidencia colectiva (art. 1737, Cód. Civ. y Com.) y que lleve necesariamente al resarcimiento del daño injustamente causado a otro en las condiciones que fija el ordenamiento jurídico (Pizarro y Vallespinos, 2018), hoy y con las nuevas modificaciones que el Cód. Civ. y Com. ha traído desde el 2015, enrola la medicina entre las profesiones liberales (art. 1768, Cód. Civ. y Com.), sujetas al instituto de responsabilidad subjetiva, debiendo probarse la culpa según acaezca un hecho antijurídico, un daño al paciente, un nexo de causalidad que visibilice la relación axiológica y los factores de subjetividad (art. 1724, Cód. Civ. y Com.).

Entonces ante el disruptivo advenimiento de las tecnologías en el ámbito sanitario, habría que preguntarse: ¿la medicina y las actividades de colaboración estarían transitando un nuevo sendero que las amplíe a una actividad riesgosa?

Más claro está que, si ha comprometido un resultado de hacer, mediante el uso de una cosa, en este ámbito, la utilización de instrumentales biotecnológicos mediados por tecnologías que conlleven un vicio, estaríamos frente a un nuevo instituto de responsabilidad objetiva. Por ejemplo, la utilización de un electrobisturí sin la debida asepsia y la consecuente infección del sitio quirúrgico (ISQ) derivaría en el aumento de la estadía del paciente, uso irracional de antibiótico-terapia y el aumento de los costes institucionales.

En este contexto, nuestro ordenamiento jurídico bajo el art. 1757 habla acerca del instituto de responsabilidad derivada de la intervención de cosas y actividades que sean viciosas, riesgosas o peligrosas por su naturaleza, y por los medios empleados.

Aquí nuestro punto de inflexión nos lleva a cuestionarnos indefectiblemente: ¿el avance disruptivo de la IA en las ciencias médicas lleva a considerar la medicina como profesión liberal y riesgosa? Y, de la mano de este nuevo giro, ¿es-

tamos caminando hacia la transición jurídica de la responsabilidad subjetiva a la objetiva mediada por los daños suscitados por las nuevas tecnologías?

Henao y Castaño (2021), especialistas en tecnologías, siguen llevándonos a nuevos cuestionamientos: ¿cómo será juzgado el *software* como dispositivo médico? Y en tal sentido, ¿debería regularse la tecnología en salud bajo estrictas normas o bien lo dejamos al arbitrio y los criterios de los magistrados guiados por las recomendaciones internacionales de estándares jurídicos, directrices, que regulen y armonicen desde los principios éticos las consecuencias jurídicas de la medicina digital?

En virtud de lo expuesto, en los ámbitos profesionales suena y se repite con cada vez mayor frecuencia este interrogante: ¿la IA va a reemplazar a la comunidad abogadil y galénica?

Claramente, en la actualidad, este avance permite avizorar un nuevo sendero. Por supuesto, es imposible precisar exactamente cuáles son las perspectivas fácticas reales del desarrollo tecnológico de la IA, aunque se puede proyectar el impacto de la IA en la salud digital. Acto seguido se mencionan algunos de los avances a modo meramente enunciativo:

- La IA en salud es considerada un nuevo factor de producción, que genera mayor inclusión social y asequibilidad de los servicios sanitarios.

- El costo de secuenciar genomas cayó cinco veces más que lo previsto en la Ley de Moore y amplió la accesibilidad en la medicina personalizada de precisión (https://www.institutoroche.es/static/pdfs/material_divulgativoMPP_3_2019WEB.pdf).

- El modelo IBM (Watson, 2016) de IA contribuyó a la detección temprana de enfermedades a partir del reconocimiento automático de imágenes y sin duda esto fue un salto cuali-cuantitativo en la fusión entre Google y el National Health Service (NHS) para acceder a imágenes oftalmológicas.

- En solo cinco meses se anunció que se había desarrollado un sistema de aprendizaje profundo (*deep learning*) para el reconocimiento de

daños en la retina producidos por la diabetes, con una precisión que igualaba la de los oftalmólogos especialistas certificados.

- Un sistema de IA pudo diagnosticar 14 ritmos cardíacos diferentes, a partir de la lectura de las tiras de electrocardiograma, con la misma precisión que los cardiólogos (Gilan, 2018).

- Recientemente, una publicación de medicina oncológica (Mattos Arruda y cols., 2020), determinó que el campo de la predicción de neoantígenos avanza rápidamente y se están desarrollando o mejorando nuevos canales y algoritmos en la clasificación de imágenes de tumores de piel entre benignos y malignos con la misma precisión que los dermatólogos certificados.

- En Japón, la utilización de procesos de IA permitió contener y detener el ritmo de crecimiento hiperendémico por Covid-19; con más de 200 millones de cámaras con tecnología de reconocimiento facial, se redujeron los confinamientos a casos detectados, sospechosos y contactos estrechos.

- En analogía con la pandemia global, Grace, la enfermera con rasgos humanoides hermana de Sophia, creada con IA, cuida a personas enfermas o ancianas con diagnóstico de Covid-19, lo cual ha sido un recurso exitoso en Japón.

Si nos introducimos al concepto de salud digital como género, definida como el uso costo efectivo y seguro de las tecnologías de la información y la comunicación en apoyo de la salud y de los ámbitos desarrollados por esta, incluyendo los servicios de atención sanitaria, vigilancia de la salud, literatura científica, educación, conocimiento e investigación (WHO, 2005). Y en la telemedicina como especie, Argentina se ha puesto al orden del día en este contexto, con la descentralización del Plan Nacional de Telesalud bajo resol. 21/2019 de la ex Secretaría de Gobierno de Salud de la Nación, y el proyecto de regulación de telemedicina de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación (Cano J. M., 2020). Nadie desconoce los pros y los contras de la medicina digital; en el siguiente cuadro de doble entrada se mencionarán algunos puntos neurálgicos a considerar.

Tabla 1: Fortalezas y debilidades de la medicina digital del siglo XXI

Fortalezas	Debilidades
Exaltación del fenómeno <i>big data</i> sanitario como pe- tróleo del siglo.	Desmaterialización antropológica del cuidado humano fren- te a las tecnologías de la información y la comunicación.
Atención de miles de consultas anuales, mediante portales digitales: chatbot, telemedicina, teleasesoría.	Empobrecimiento de la clínica soberana, escucha y comu- nicación activa.
Descentralización de las instituciones asistenciales, mediante programas de referencia y contrarreferencia.	Transición de una cultura clínica a una cultura digital basa- da en la inmediatez y mediada por plataformas.
Disminución de las derivaciones y, por ende, de los costos y los traslados entre diferentes jurisdicciones.	Ausencia del tacto, contacto, reflexión acerca del acto mé- dico como derecho personalísimo; y, por ende, del cuidado.
Continuidad de la atención médica vía remota para patologías crónicas.	Ruptura de las relaciones médico-paciente.
Interoperabilidad de datos entre los diferentes acto- res del ecosistema sanitario digital.	Riesgos potenciales de judicialización, cuando el acto mé- dico digital no se transcribe en la HC.
Fomento de la medicina personalizada de precisión.	Fragilidad sobre la auditabilidad del acto médico.

Fuente: Elaboración propia (Palacio, J. M., 2022).

En el reporte sobre *big data* y salud, el comité de bioética de la Unesco (IBC, 2017) propone estándares éticos de la robótica basadas entre la distinción de robots deterministas y robots cognitivos y como máxima expresión manifiesta que los avances de la IA en salud sean cautelosos en su desarrollo y que ofrezcan al mismo tiempo reparos jurídicos para que las investigaciones aplicadas a la clínica no violen los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales, fundamentalmente la Declaración Universal sobre Bioética y Derechos humanos (Unesco, 2005).

Recientemente, para garantizar las reglas del deber ser de la IA en el sector salud, el organismo rector a nivel mundial, publicó por primera vez los seis principios rectores relativos a la IA aplicada a la salud (WHO, 2021). Estos principios ponen al ser humano en el centro de la atención para evitar posibles situaciones dañinas, entre ellos se destacan:

- a) Preservar la autonomía del ser humano en el contexto de la atención de salud: ello significa que las personas humanas deberían seguir siendo dueños de los sistemas de atención de salud y de las decisiones médicas; se debería preservar la privacidad y la confidencialidad, y los pacientes deberán otorgar su consentimiento informado para la protección de datos.
- b) Promover el bienestar y la seguridad de las personas y el interés público: los diseñadores de tecnologías de IA deberían cumplir los requisitos normativos en materia de seguridad, precisión y eficacia para indicaciones o usos bien definidos. Se deben instaurar medidas de control de la calidad en la práctica y de mejora de la calidad en la utilización de la IA.
- c) Garantizar la transparencia, la claridad y la inteligibilidad. La transparencia exige que se publique o documente información suficiente antes de la concepción o el despliegue de una tecnología de IA. Esa información debe ser fácilmente accesible y facilitar consultas y debates provechosos sobre la concepción de la tecnología y sobre el uso que se debería hacer o no de esta.
- d) Promover la responsabilidad y la rendición de cuentas. Las tecnologías de IA permiten realizar tareas específicas; ahora bien, incumbe a las partes interesadas velar por que estas sean utilizadas en condiciones apropiadas y por personas debidamente formadas. Se deberían instaurar mecanismos eficaces para que las personas y los grupos que se vean perjudicados por decisiones basadas en algoritmos puedan cuestionarlas y obtener reparación.
- e) Garantizar la inclusividad y la equidad. La inclusividad requiere que la IA aplicada a la salud sea concebida de manera que aliente la utilización y el acceso equitativos en la mayor medida de lo posible,

con independencia de la edad, el sexo, el género, el ingreso, la raza, el origen étnico, la orientación sexual, la capacidad u otras características amparadas por los códigos de derechos humanos.

f) Promover una IA con capacidad de respuesta y sostenible. Los diseñadores, desarrolladores y usuarios deberían evaluar de forma continua y transparente las aplicaciones de la IA en situación real, a fin de determinar si esta responde de manera adecuada y apropiada a las expectativas y las necesidades.

Figura 1: Ética y gobernanza de la inteligencia artificial para la salud



Fuente: “Ethics and Governance of artificial intelligence for Health’s WHO Guidance”, 2021.

Como operadores de la justicia, ¿qué debemos saber acerca del *legal compliance* entre la inteligencia artificial y la salud digital? ¿Cuáles son las *soft laws vigentes*? ¿Cuál es el núcleo duro de la IA en salud en nuestro ordenamiento? A modo de colofón, es preciso contextualizar el marco normativo internacional de la IA y salud en el marco de las *soft laws*, a saber:

- Los objetivos de la agenda sostenible 2030 (ONU, 2015).
- El reglamento general de protección de datos de la Comunidad Europea en sus arts. 13 a 15, 21, 22 y 35 (RGPD, 2018).
- Los ocho principios rectores de la transformación digital del sector salud (WHO, 2021).
- Ética y gobierno de la inteligencia artificial en salud: seis principios claves (WHO, 2021).

Dentro del *corpus iuris* nacional, si bien no existe legislación específica sobre la protección jurídica a la salud digital, encontramos de manera difusa un gran abanico de leyes que refieren expresamente a la protección jurídica de la salud:

- CN, en el art. 14 bis y art. 33 y en ese mismo cuerpo normativo no se debe dejar de mencionar los arts. 41, 42 y 43 de la CN, tal como han quedado redactados luego de la última reforma constitucional.
- Otro gran abanico protectorio del derecho a la salud son los tratados internacionales incorporados en el art. 75, inc. 22, que aportan no solo sobre el contenido de este derecho, sino también sobre las obligaciones a cargo del Estado sobre el sistema sanitario, ambiental y de vivienda.
- Ley 17.132 de 1967, de Ejercicio de la Medicina, Odontología y Actividades de Colaboración (art. 20, inc. 7°).

d) Ley 26.529 de 2009, ratificada en el 2012, de Derechos del Paciente y su Relación con los Profesionales e Instituciones de Salud.

e) Ley 24.240 de 1993, de Defensa del Consumidor.

f) Ley 25.326 de 2000, de Protección de Datos Personales.

g) Ley 25.506 de 2001, de Firma Digital.

h) Ley 27.553 de 2020, de Recetas Electrónicas o Digitales.

i) Plan Nacional de Telesalud 2018-2024, bajo resol. 189/2018.

j) Cód. Civ. y Com. en sus arts. 51, 53, 58 y 59.

k) Cód. Penal Argentino, en su cap. III, sobre violación de secretos y de la privacidad, en su art. 153.

l) Proyecto de Fomento a la Investigación y Desarrollo de la Telemedicina, EXP: 1966-D-2017 (Cremer de Busti y Alonso H., 2020).

III. Conclusión

La primera impresión obtenida a través de las modestas líneas vertidas en este artículo, finca en observar que la responsabilidad civil, la medicina digital y la inteligencia artificial constituyen una triada o núcleo duro que trajo la cuarta revolución industrial en el campo de la salud, y que ofrece retos no solo a los profesionales de la salud en el uso de la tecnología en el campo biomédico; sino también para los operadores de la justicia que deberán redoblar esfuerzos para entender una temática innovadora como es la salud digital, la responsabilidad que acaece ante un daño producido por la cosa o vicio de la cosa y empezar a entender que la historia clínica digital (*software* sanitario), es un documento digital y como tal constituye carga dinámica de la prueba ante un eventual proceso judicial.

Prepararnos dentro de la tarea abogadil en desarrollar un sistema de prevención de riesgos institucionales, entendiéndose como un conjunto de estándares, creadas con el objeto de ayudar a las organizaciones sanitarias, a los profesionales de la salud y al paciente a establecer niveles de homogeneidad en relación con la gestión clínica, gestión operativa, prestación de servicios profesionales y su impacto con el desarrollo de la industria biotecnológica basados en

el fortalecimiento de una cultura reflexiva que conlleve a analizar las situaciones fácticas más frecuentes del ecosistema sanitario, para ofrecer seguridad jurídica de las actividades y procedimientos sean estos invasivos o no con el fin de brindar una seguridad del paciente en el marco del respeto por la autonomía y fundamentalmente como derechos humanos.

En este contexto de abrumadores adelantos tecnológicos asociados a la salud, los grandes sabios del pasado correrían el riesgo de apagar su sabiduría en medio de un ruido disperso de la información. La verdadera sabiduría, producto de la reflexión, del diálogo y del encuentro generoso entre las personas; no se consigue por una comunicación mediada por internet.

Repetidamente se ha indicado que la medicina es la más humana de las ciencias y la más científica de las humanidades; la medicina digital, la telemedicina y la IA deberían enmarcarse en esa definición: ni tecnofobia, ni tecnolatría o tecnosabiduría, en términos aristotélicos el justo medio: ser amos de la tecnología, no sus esclavos (Maglio y Wierzbica, 2018).

IV. Bibliografía

AIZENBERG, M. – JANKILEVICH G., “El derecho de la salud y la medicina de precisión”, Observatorio de salud. Facultad de Derecho UBA, 2020, disponible en https://drive.google.com/file/d/1vhrIgTJIUTlQPFFrr8SBUz1CXum_6RV/view.

Blockchain Federal Argentina, 2020. <https://bfa.ar/>.

BONATTI, “Legal Compliance III, Diccionario básico”, disponible en <https://www.bonattipenal.com/legal-compliance-iii-diccionario-basico/-Hard-law>: Conjunto de leyes y normas de derecho positivo que regulan la actividad objeto de *compliance*. *Soft law*: conjunto de directrices, estándares, recomendaciones, guías, prácticas y buenos usos que reflejan el estado de la cuestión de la actividad. El *compliance soft law* acostumbra a ser mucho más rico que el *hard law* y requiere el desarrollo de un sistema de gestión de cumplimiento.

BOURGEY, Louis, “Observation et expérience chez les Médecins de la collection hippocratique”, Librairie Philosophique J. Vrin, 1953, disponible en <https://books.google.com.co/books?id=oRmb8oyPdhMC&printsec=from>

tcover&hl=es&source=gbs_ViewAPI&redir_esc=y#v=onepage&q&f=false.

CANO, José M., “Regulación de la Telemedicina. Proyecto de Ley”, 2020, disponible en <https://www4.hcdn.gob.ar/dependencias/dsecretaria/Periodo2020/PDF2020/TP2020/3142-D-2020.pdf>.

COMISIÓN EUROPEA - DIRECCIÓN GENERAL DE REDES DE COMUNICACIÓN, CONTENIDO Y TECNOLOGÍAS, “Directrices éticas para una IA fiable”, 2019, disponible en <https://op.europa.eu/en/publication-detail/-/publication/d3988569-0434-11ea-8clf-01aa75ed71a1/language-es>.

CREMER DE BUSTI - ALONSO h., “Fomento a la investigación y desarrollo de la telemedicina. Régimen”, Expte. 1966-d-2017, Honorable Cámara Diputados de la Nación, 2017, disponible en <https://www.diputados.gob.ar/proyectos/proyecto.jsp?exp=1966-d-2017>.

DIGNUM, V., “Ética en inteligencia artificial: introducción al número especial”, *Ética Inf Technol* 20, 1-3, 2018, disponible en <https://doi.org/10.1007/s10676-018-9450-z>.

GALÁN, Guillermo, “50 años de la píldora anti-conceptiva”, *Revista Chilena de Obstetricia y Ginecología*, 75, 217-220, 2010, disponible en <https://www.scielo.cl/pdf/rchog/v75n4/art01.pdf>.

GILLAM, Michael, “E-Salud, el futuro del bienestar”, *Integración & Comercio*, nro. 44, 2018, disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=6551954>.

HENAO, Juan Carlos - CASTAÑO, Daniel, “Disrupción tecnológica, transformación digital y sociedad”, t. III, “Derecho e innovación y tecnología, fundamentos para una *lex informática*”, Universidad Externado de Colombia, 2021, disponible en <https://www.amazon.com/Disrupci%C3%B3n-tecnol%C3%B3gica-transformaci%C3%B3n-sociedad-fundamentos-ebook/dp/B0987D7TCK>.

KAMEL, Remah Moustafa, “Assisted reproductive technology after the birth of Louise Brown”, *Journal of Reproduction & Infertility*, 14, 96-109, 2013, disponible en <https://www.jri.ir/article/535>.

MAGLIO, Ignacio - WIERZBA, Sandra M., “Medicina digital, inteligencia artificial y responsabilidad civil”, *Supl. Esp. LA LEY*, 2018, AR/DOC/2387/2018, disponible en <https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Inst%20SALUD%20>

[-%20Wierzba Maglio%20%20Medicina%20digital%2C%20inteligencia%20artificial%20y%20nuevos%20confines%20de%20la%20responsabilidad%20civil.pdf](https://www.casi.com.ar/sites/default/files/Inst%20SALUD%20).

MAISON, G., “HUE: el inhalador para el asma diseñado por Tim Zarki”, 2017, disponible en <https://www.di-conexiones.com/hue-el-inhalador-para-el-asma-disenado-por-tim-zarki/>.

MATTOS-ARRUDA y colabs., “Neoantigen prediction and computational perspective towards clinical benefit: recommendations from the ESMO Precision Medicine Working Group”, *Annals of Oncology European Society for Medical Oncology*, 31, 978-990, 2020, disponible en <https://www.annalsofoncology.org/article/S0923-753439824-0/fulltext>.

MENDOZA CÁRDENAS, Héctor A., “La sexualidad reproductiva en el siglo XXI. El divorcio entre sexualidad y reproducción”, *Revista Perspectivas Sociales*, 14, 33-46, 2012, disponible en <http://eprints.uanl.mx/8788/>.

OCHARAN CORCUERA, Julen, “53 años de hemodiálisis”, *Diálisis y Trasplante*, 31, 70-71, 2010, disponible en <https://www.elsevier.es/es-revista-dialisis-trasplante-275-articulo-53-anos-hemodialisis-S1886284510000603>.

PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., “Tratado de responsabilidad civil”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2018, 3 tomos.

SÁNCHEZ RIVERO, Germán, “Historia de la diabetes”, *Gaceta Médica Boliviana*, Cochabamba, 30, 74-78, 2007, disponible en <http://www.scielo.org.bo/pdf/gmb/v30n2/a16.pdf>.

UNESCO - IBC, “Report of International Bioethics Committee”, IBC, on Big Data and Health” (UNESCO), 2017, disponible en <https://unesdoc.unesco.org/ark:/48223/pf0000248724>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, “Ethics and governance of artificial intelligence for health”, WHO Guidance, 2021, disponible en <https://www.who.int/publications-detail-redirect/9789240029200>.

WORLD HEALTH ORGANIZATION, “Seventh Report”, Fifty-eighth World Health Assembly, eHealth, Ninth plenary meeting, Committee A, 58.28, 2005, disponible en <https://www.who.int/healthacademy/media/WHA58-28-en.pdf>.

CONTRATOS

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ARRENDAMIENTO RURAL

Daños y perjuicios. Incumplimiento contractual. Resolución del contrato.

Con nota de José Ignacio Pastore

1. — Acreditado que el Estado Provincial no cumplió con la entrega de la cosa arrendada, ni con su obligación de garantizar el uso y goce de la misma conforme al uso convenido, tratándose éstas de obligaciones a su cargo (arts. 1200 y 1201 del Cód. Civ. y Com.) de carácter esencial (art. 1084), la resolución unilateral del contrato por parte de la actora se encuentra suficientemente justificada (arts. 1077 y 1220) por lo que, al haber comunicado de modo formal tal voluntad mediante la remisión de la carta documento, corresponde tener por resuelto el contrato de arrendamiento agrario.
2. — El art. 1083 del Cód. Civ. y Com. dispone que una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple, establecido entonces que la actora tenía la potestad de resolver de modo unilateral el contrato, a contrario de lo que plantea la demandada en su responde, no resultan aplicables a la denuncia del vínculo bajo esta modalidad las normas del pacto comisorio tácito o cláusula resolutoria implícita del art. 1087 del Cód. Civ. y Com., con lo que la intimación previa al deudor (en este caso el locador) del art. 1088 inc. c), deviene en innecesaria o inconducente, ya que se trata de dos modalidades contractuales extintivas distintas. Es que siendo la intimación un requerimiento formal al deudor para que este encause su conducta o cumpla con la prestación adeudada, cuando —como en el supuesto de autos— la propia ley faculta al contratante cumplidor a disponer de manera unilateral la resolución del vínculo ante un incumplimiento de entidad suficiente de la parte incumplidora, el requerimiento de la remisión previa de una intimación pierde toda razón de ser.
3. — El proceder de la arrendataria fue ajustado a derecho, ya que, si bien es cierto que la resolución unilateral del contrato no se encuentra prevista de modo expreso en el instrumento suscripto por las partes ni en la ley 13.246, la misma surge de la aplicación supletoria que de las normas de la locación manda a hacer el art. 41 de la ley de arrendamientos rurales y aparcerías.

TContencioso administrativo, Jujuy, sala II, 02/09/2021. - Trujillo Coraite, Lidia c. Estado Provincial.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/171889/2021]

COSTAS

Se imponen a la demandada.

Expediente N° C-088.519/18

San Salvador de Jujuy, septiembre 9 de 2021.

El doctor *Pedicone* dijo:

I. Se presenta la abogada Romina Lorena Véliz en nombre y representación de Lidia Trujillo Coraite, DNI N° ..., a mérito de la copia del poder general para juicios que agrega, quien interpuso ante la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial demanda ordinaria por “resolución de contrato, restitución de sumas pagadas con más intereses legales, restitución de seis documentos e indemnización por daños” en contra del Estado Provincial - Finca El Pongo.

Luego de fundamentar la legitimación activa y pasiva de las partes, expone los hechos en los que sustenta su pretensión y refiere que en fecha 26/11/2015 la actora suscribió con la entonces administradora de la Finca El Pongo un contrato de arrendamiento rural por un inmueble ubicado en el sector “La Posta” de ese establecimiento.

Sin embargo, la demandada nunca hizo entrega del uso y goce del inmueble objeto del arrendamiento, pese a que en fecha 23/11/2016 su mandante abonó la suma de \$21.093,09 en garantía del monto total del arrendamiento, conforme lo exigido por el contrato en cuestión.

Indica que ante numerosas gestiones informales realizadas ante la Administradora CPN Ubeid y un asesor de la Finca El Pongo, le manifestaron que trataría de ingresar por sus medios al predio, ya que las tierras arrendadas se encuentran ocupadas por Amalia Gallardo y Rosario Gallardo, quienes manifestaron ser hijas de Isidoro Gallardo, quien fuera arrendatario de dichas tierras.

Agrega que por tal motivo, la actora formuló denuncia penal en contra de las nombradas, la que tramita mediante Expediente N° P-141.583/16 radicado en la Fiscalía de Investigación Penal N° 5.

Asimismo, manifiesta que en fecha 30/11/2016 remitió carta documento dando por resuelto el contrato ante el incumplimiento de la demandada, y por la cual también intimó la restitución de las sumas pagadas por la actora y la reparación de los perjuicios ocasionados.

Agrega que tal requerimiento fue respondido por el Sr. Nelson Federico Manente en su carácter de nue-

vo administrador de la Finca El Pongo, quién negó la celebración del contrato, así como las restantes afirmaciones de su mandante y afirmó que la Sra. Trujillo tenía sembrado el predio, por lo que ejercía en forma plena sus derechos posesorios.

Señala que la actora jamás pudo haber estado gozando de la posesión a la que alude la demandada sin haber pagado la primera cuota, la que recién fue abonada el 23/11/2015 previo a la firma del contrato acaecida el 26/11/2015, lo que prueba —entiende— que la Sra. Trujillo nunca estuvo en posesión del predio en la fecha preestablecida en la Cláusula Sexta del contrato de arrendamiento ni a posteriori de la firma del mismo.

Relata que la Cláusula Novena del referido acuerdo establece que la vigencia del mismo será de tres años contados a partir del 01/06/2015, venciendo de modo indefectible el 31/05/2018. Entiende que esta cláusula es típica de un contrato de adhesión, ya que fue firmado por la actora en fecha 26/11/2015 sin posibilidad alguna de discutir su contenido.

Luego plantea la inconstitucionalidad de los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y argumenta respecto de los gravámenes que ocasionan estas normas a su mandante.

A continuación reitera que lo peticionado en autos es la resolución del contrato de arrendamiento celebrado con la demandada, de conformidad con la facultad que acuerda a su parte los arts. 1077 y 1083 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y como consecuencia del incumplimiento del Estado Provincial de la obligación esencial impuesta por el referido convenio, al no haber entregado nunca el inmueble arrendado a la actora.

En el capítulo siguiente sostiene que el contrato suscripto con el Estado Provincial constituye un contrato de adhesión y luego dice de la inconstitucionalidad de los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y fundamenta tal petición.

A continuación, en el Capítulo VII punto 2 detalla los daños que reclama su mandante y las sumas pagadas cuya restitución pretende, la devolución de seis documentos, la reparación del lucro cesante, la pérdida de chance y el daño no patrimonial.

Finalmente, ofrece prueba y peticiona.

Luego, amplía la demanda y agrega prueba.

II. Así, el entonces Tribunal interviniente dispuso conferir traslado de la acción al Estado Provincial, para luego presentarse en su nombre y representa-

ción el abogado Matías Leonardo Nieto a mérito de la copia juramentada de poder general para juicios que agrega, quien contesta la demanda y plantea excepción de incompetencia en razón de la materia, en virtud de lo dispuesto por el art. 7 de la ley 5607.

Conferido traslado de la referida defensa a la actora, en fecha 28/11/2017 la Sala I de la Cámara en lo Civil y Comercial dictó resolución donde rechazó la incompetencia planteada por el Estado Provincial, a mérito de los argumentos allí expuestos.

En contra del referido resolutorio, la demandada interpuso recurso de inconstitucionalidad el cual tramitó por el Expediente N° CF-14365-17 unido por cuerda a estos obrados, donde en fecha 28/06/2018 la Sala Civil y Comercial y de Familia del STJ dictó sentencia (registrada al LA 3 N° 151) y revocó la resolución del Tribunal de Grado, donde admitió la excepción de incompetencia opuesta por el Estado Provincial y estableció la competencia de este Tribunal para entender en la causa.

Luego y ante el requerimiento de parte de la actora, recibidos los autos por este Tribunal, en fecha 01/02/2019 el abogado Matías L. Nieto contestó la demanda en representación del Estado Provincial, donde luego de realizar una negativa general y varias en particular, expuso los hechos en los que sustenta su pretensión (Capítulo IV).

Indica que es falso que su mandante no haya hecho entrega a la Sra. Trujillo del predio arrendado, ya que conforme surge de la nota que adjunta y que fuera ingresada en fecha 16/11/2015 a la finca El Pongo, la actora reconoce ser arrendataria de una fracción de tierra de ese predio desde el mes de junio de 2015, por lo que mal puede ahora sostener que el Estado Provincial incumplió con su obligación de entrega del predio arrendado.

Agrega que por ello la Sra. Trujillo suscribió un contrato en noviembre de 2015, aceptando su vigencia retroactiva desde junio de 2015, habiéndose ofrecido incluso a abonar las deudas que mantuvieran las Sras. Gallardo con la Finca El Pongo, lo que —entiende— no hubiera ofertado si no fuera que se encontraba efectivamente labrando la tierra al momento de suscribir el contrato.

Señala que por medio de la acción deducida, lo que la actora en realidad intenta es sustraerse del cumplimiento de obligaciones dinerarias para con el Estado Provincial.

Sostiene que la Sra. Trujillo relata en su demanda que el predio está ocupado por las Sras. Gallardo, es decir, las mismas personas por las cuales ofreció pa-

gar su deuda a la Administración de la Finca. Que en tal sentido, adjunta copia de exposición policial formulada por la Sra. Trujillo en fecha 03/11/2015 (antes de solicitar el arrendamiento a su mandante) en donde la misma manifiesta tener una especie de contrato con la familia Gallardo donde dividen las tareas de explotación en el fundo.

Afirma que esto demuestra que, en verdad, se trata de un problema de terceros que han efectuado negocios al margen de la administración de la Finca El Pongo y cuyas consecuencias se pretenden descargar sobre el erario público.

A continuación expone respecto de lo que denomina “la improcedencia de la resolución contractual” y plantea que la integración normativa para la resolución del caso, debe efectuarse desde las reglas del derecho público local, donde no resulta claro que exista un posible pacto comisorio si éste no se encuentra expresamente pactado.

Entiende que a diferencia de los contratos bilaterales con prestaciones pendientes del derecho privado donde se encuentra comprometido ese interés, en este caso se trata de un contrato con un régimen específico cuyo destino productivo es ingresado directamente al sistema público de salud.

Por lo que —considera— sería bastante inconsistente admitir que en este tipo de arrendamientos, el arrendatario pueda sustraerse de modo extrajudicial del cumplimiento de sus obligaciones, al encontrarse comprometido el interés público. Que, por ello, en el contrato que nos ocupa sólo se ha previsto el pacto comisorio a favor de la arrendadora (Finca El Pongo) lo que se condice con su naturaleza de contrato administrativo.

Señala que aún cuando tal facultad existiera en los contratos administrativos locales, tampoco procedería su resolución extrajudicial en el *sub lite*, ya que su mandante cumplió con su obligación de entrega del fundo, al entender que la Sra. Trujillo estuvo en posesión del mismo desde junio a noviembre de 2015, conforme surge del texto del propio contrato y de la nota de fecha 09/11/2015.

Sostiene que todo el planteo de extinción del contrato que formula la actora con sustento en los arts. 1077 y 1083 del Cód. Civ. y Com. de la Nación es errado, ya que confunde el caso de extinción unilateral previsto de modo expreso por el contrato o con la ley, con el supuesto del pacto comisorio tácito, propio de los contratos bilaterales del derecho privado y previsto en los arts. 1087 y 1088 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuya virtud si una de las partes no cumple con alguna obligación a su cargo, no procede la rescisión unilateral del contrato, sino que se requiere un emplazamiento previo de quince días.

Seguidamente niega que la actora hubiera firmado y hecho entrega a su mandante en garantía, documento alguno, no existiendo recibo de tal circunstancia, motivo por el cual también opone la excepción de contrato incumplido.

Luego (Capítulo VII) impugna los rubros indemnizatorios pretendidos por la actora y por último, ofrece prueba, formula reserva del caso federal y petición.

III. De la contestación de la demanda se confirió traslado a la actora a los fines del art. 301 del CPC (de aplicación supletoria en el fuero) y contestado el mismo, se dispuso la apertura a prueba de la causa.

Producida la totalidad de la admitida y agregado fuera de término el alegato de la parte actora, sin haberlo hecho la parte demandada, se llamó “autos para resolver”, por lo que solo resta dictar sentencia.

IV. En primer lugar corresponde entonces establecer el marco normativo bajo el cual corresponde la resolución de la causa.

En tal sentido, atento a que la competencia para entender en autos fue atribuida por el STJ a este Tribunal en la sentencia registrada al LA 3 N° 151, solo corresponde acatar tal criterio.

Dicho ello, corresponde entonces la consideración del planteo de inconstitucionalidad de los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com. de la Nación que formula la actora en su demanda.

Tales normas disponen: “Artículo 1764.- Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título (sobre Responsabilidad civil) no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria”.

“Artículo 1765.- Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda”.

En tal orden de ideas, la realidad es que más allá de las disposiciones de la ley 5607 y de otras normas aisladas que regulan a nivel provincial cuestiones administrativas en particular (empleo público, obra pública, expropiación, etc.), no existen en la Provincia normas específicas que contemplen de manera genérica la responsabilidad del Estado Provincial frente a un supuesto de resolución contractual con un particular derivado de un contrato de arrendamiento rural.

Con lo cual y más allá de lo dispuesto por estas normas, corresponde a los fines de la resolución de la presente causa, la aplicación de los principios generales del derecho, conforme lo señalado por este Tribunal al sentenciar el Expte. N° B-212.319/09, caratulado: “Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción: Ducci Construcciones SRL c. Estado Provincial”, cuyos fundamentos se dan por reproducidos en autos.

Sólo cabe traer a colación que, como allí se dijera “...Los principios generales no pertenecen con exclusividad a una rama del Derecho determinada (al ordenamiento privado o al público), sino que los mismos, justamente por su carácter de generales, pueden ser utilizados en forma directa por cualquier rama del ordenamiento jurídico” (cfr.: Laband; Paul. *Le Droit Public de l’Empire Allemand*. Paris, 1990, T. I, p. 4 citado en la nota 136). “Los Principios Generales de Derecho no son exclusivos del Derecho Civil como se ha pretendido. La razón de estar incluidos en normas de esta disciplina se explica porque se trata de principios que han sido científicamente establecidos y desarrollados en el dominio del Derecho Privado antes de serlo en el Derecho Público... el Derecho Administrativo utiliza las reglas del Derecho Privado por analogía o entendiendo que las mismas son la expresión de reglas generales que superan su marco. En este último caso, media una aplicación de reglas jurídicas que constituyen la Parte General del Derecho. En nuestro orden jurídico son las contenidas en el título preliminar del Cód. Civil y otras tales como el principio de la buena fe, la teoría de los propios actos, el abuso de derecho, etc. Por ello es que, en rigor, estos no son supuestos de aplicación de normas de derecho común al caso administrativo, sino de aplicación directa de normas de la parte General del Derecho”. (cfr.: Bielsa, Rafael, “Relaciones del Código Civil con el Derecho Administrativo”, Buenos Aires, J. Lajoune & Cía., 1923, p. 6).”

“Que lo que ocurre, como allí se expresa citando a García de Enterría, es que por una tradición histórica, estas doctrinas o principios comunes del Derecho deben ser buscadas en el Derecho Civil, pero ello no es obstáculo para que su recepción en el Derecho Administrativo haga de ellas verdaderas instituciones de éste. Que en efecto, en el Derecho Administrativo, como derecho propio de las administraciones públicas en cuanto sujetos, se modulan las instituciones jurídicas generales conforme a las exigencias de desenvolvimiento propias de tales sujetos particulares, para aclarar que el caso del contrato es, sin duda, uno de estos y entonces el problema no se plantea en términos de singularidad, sustantividad o exorbitancia del Derecho Administrativo respecto del contrato civil, sino más sencillamente, inquiriendo cuáles son esas modulaciones o variantes que introduce la

presencia subjetiva de la Administración en la eterna, permanente y abstracta institución contractual.

Que en igual sentido en el trabajo, cuyos términos declarara inicialmente se seguirá en este punto, se cita —a lo que hago remisión en razón de brevedad— la opinión en sentido similar de Hauriou, (para quien ante todo, hay principios jurídicos generales, que dominan todas las ramas del Derecho y que deben encontrar, con distintas modalidades su aplicación tanto en el Derecho Administrativo, como en el Derecho Privado); a Cassagne (que también acepta la posibilidad de acudir a las normas civiles a fin de cubrir la denominada carencia histórica normativa —comúnmente denominadas lagunas— que llevan a elaborar una norma justa a fin de cubrir el vacío del ordenamiento jurídico administrativo), y quien entiende que no toda aplicación al Derecho Administrativo de una norma incorporada al Cód. Civil implica acudir siempre al procedimiento analógico, para manifestar que en el Cód. Civil se hallan numerosas disposiciones que no pertenecen a esta rama del Derecho, tal como acontece en los siguientes supuestos: a) respecto de las normas que no corresponden exclusivamente al Derecho Civil sino a todas las ramas del Derecho y que, en tales casos, no hay integración normativa alguna, sino aplicación de normas jurídicas que en su conjunto constituyen la llamada parte general del Derecho, directamente válida para el Derecho Administrativo (los denominados conceptos jurídicos fundamentales); y b) la existencia de numerosas normas de Derecho Administrativo que se hallan ubicadas en el Cód. Civil...”

Incluso tal aplicación —de los principios generales del derecho— resulta procedente por vía de analogía cuando ello sea necesario (ver Cassagne, Juan Carlos, “Responsabilidad del Estado y de los funcionarios y empleados públicos en el Código Civil y Comercial proyectado” en LA LEY del 01/10/2012, p. 1), supuesto que, resulta claro, es el de autos, al no existir —como se dijo— normas específicas del Derecho Administrativo que regulen la resolución del presente caso.

V. Dicho ello, corresponde el tratamiento de la cuestión de fondo y al respecto “Cabe recordar que los jueces no estamos obligados a abordar el tratamiento de todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan solo de aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, y que basten para dar sustento a un pronunciamiento válido (conf. CSJN, en Fallos: 258:304; 262:222; 265:301; 272:225; 278:271; 291:390; 297:140; 301:970, entre otros, y LA 40 N° 220 STJ Jujuy).”

Establecida dicha premisa, corresponde entonces la resolución de la presente causa, para lo cual y conforme se encuentra trabada la litis, cabe resaltar que

la actora reclama indemnización por daños y perjuicios, restitución de las sumas pagadas y la devolución de seis documentos suscriptos en garantía como consecuencia de la resolución del contrato de arrendamiento rural que la vinculara con la Finca El Pongo - Estado Provincial.

Para ello, invoca que la demandada nunca le otorgó la posesión del inmueble arrendado, lo que motivó la resolución del mismo mediante carta documento de fecha 30/09/2016 y conforme las facultades que —entiende— le acuerdan a su parte los arts. 1077 y 1083 del Cód. Civ. y Com. de la Nación (en adelante Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por su parte, el Estado Provincial se opone a dicha pretensión al entender que —en esencia— la actora obró de manera intempestiva e injustificada, ya que en virtud del tipo de contratación existente entre las partes, ésta no gozaba de la facultad de resolución unilateral, al confundir la extinción unilateral prevista de modo expreso por el contrato o con la ley con el supuesto del pacto comisorio tácito, propio de los contratos bilaterales del derecho privado y previsto en los arts. 1087 y 1088 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Con lo cual y a los fines de dictar sentencia, corresponde entonces determinar si el obrar de la actora se ajustó a derecho o si por el contrario, como plantea la demandada, la misma debió haber actuado conforme las normas que regulan o prevén el pacto comisorio tácito.

Para ello corresponde establecer el tipo contractual bajo el cual se vincularon las partes, para determinar el marco normativo aplicable y los derechos y obligaciones emergentes para las mismas.

En este sentido, tanto la parte actora como la parte demandada son contestes en que estuvieron vinculadas mediante un contrato de arrendamiento rural y que la relación estuvo regida por las normas del Derecho Civil, y bajo tales principios generales será analizada la resolución dispuesta por la actora (conforme lo resuelto por esta Sala *in re* B-212.319/09, caratulado: “Contencioso Administrativo de Plena Jurisdicción Ducci Construcciones SRL c. Estado Provincial”), pero ello siempre sin dejar de tener en cuenta los principios rectores específicos propios del Derecho Administrativo, habida cuenta de la naturaleza administrativa del contrato suscripto entre las partes.

En efecto y tal como surge del instrumento obrante a fs. 4/8 de autos, en fecha 23/11/2015 la Sra. Lidia Trujillo suscribió con la CPN María Graciela Ubeid en su carácter de Administradora de la Finca “El Pongo” de propiedad y bajo la administración del Estado Provincial, un contrato por el cual se le otorgó en arren-

damiento un inmueble rural ubicado en el sector “La Posta” con una superficie de 8 has. y 200 mts. 2, destinada al cultivo de granos y hortalizas (Cláusula Primera), por el cual la arrendataria debería de abonar la suma de \$5.248,75 por hectárea (Cláusula Quinta) con una vigencia de tres años desde el 01/06/2015 (Cláusula Novena). De ese instrumento surge que se trata de un “contrato de arrendamiento rural” tal como reza su título y conforme a sus cláusulas que claramente resultan usuales en este tipo de contrataciones.

Entonces, la relación entre las partes se encontraba regida en primer término por la Ley 13.246 de Aparcerías y Arrendamientos Rurales, la cual en su art. 2 establece que “Habrá arrendamiento rural cuando una de las partes se obligue a conceder el uso y goce de un predio, ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualesquiera de sus especializaciones y la otra a pagar por ese uso y goce de un precio en dinero”.

Por su parte, el art. 41 de dicha normativa establece que los contratos se regirán conforme a: a) Las disposiciones de la ley. b) Los convenios de las partes. c) Las normas del Cód. Civil, en especial las relativas a la locación. d) Los usos y costumbres locales, de lo que surge sin hesitaciones la aplicación supletoria de lo dispuesto por el Cód. Civ. y Com. de la Nación respecto del contrato de locación.

Bajo este marco, la actora alega que pese a haber abonado la suma de \$21.093,09 a cuenta de la campaña 2015/16, la demandada nunca le entregó el uso y goce del predio en cuestión, ya que el mismo se encuentra ocupado por las Sras. Amalia Gallardo y Rosario Gallardo, quienes serían herederas del anterior ocupante del lote.

Por tal motivo, y al considerar que se trata de una obligación esencial del locador (arts. 1200, 1083 y 1084 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), en fecha 30/09/2016 remitió la carta documento agregada a fs. 10, por la cual resolvió en forma unilateral el contrato, con sustento en la facultad conferida por el art. 1077 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Con lo cual y a los fines de emitir el pronunciamiento en autos y considerando lo planteado por la demandada en su responde, dentro del marco normativo de análisis en base a los principios generales del derecho, corresponde determinar, si la Sra. Lidia Trujillo Coraite en su carácter de arrendataria del inmueble, tenía —o no— la potestad de disponer la resolución unilateral del contrato y establecido ello, si existió un incumplimiento del locador (Estado Provincial) de la magnitud suficiente para justificar la de-

nuncia del vínculo y el consiguiente reclamo de daños y perjuicios.

El art. 1077 dispone: “Extinción por declaración de una de las partes. El contrato puede ser extinguido total o parcialmente por la declaración de una de las partes, mediante rescisión unilateral, revocación o resolución, en los casos en que el mismo contrato, o la ley, le atribuyen esa facultad”.

Esta norma regula la extinción unilateral de los contratos por rescisión, revocación o resolución, por lo que corresponde la conceptualización de cada uno de estos modos.

La rescisión es definida como “un acto jurídico unilateral con efectos extintivos. Funciona principalmente en los contratos de duración y su fundamento es que una de las partes, o las dos, pueden decidir que no continúe más. Es un modo de arrepentimiento sobreveniente, que la ley admite y regla según los casos y los intereses en juego” (conf. Lorenzetti, “Tratado de los contratos, parte general”, p. 567).

Por su parte la revocación es otro medio anómalo de extinguir un contrato que permite a una de las partes dejarlo sin efecto por su sola y única decisión (es decir que también es unilateral). Empero, a diferencia de la rescisión, esta facultad excepcional requiere de una disposición legal que la autorice y, asimismo, que determine las consecuencias que han de seguirse del ejercicio de ese derecho y, en cuanto a sus efectos, estos operan de distinta manera según el contrato que se considere.

El Cód. Civ. y Com. de la Nación prevé para la revocación las mismas normas comunes a la rescisión en los arts. 1077 y ss., sin perjuicio de regular particulares situaciones para cada clase de contrato (por ejemplo, en el caso de las donaciones, fideicomisos, mandatos, etc.).

Por último, la resolución “es un medio de extinción de los contratos que puede tener origen en la ley o en el acuerdo de voluntades de los contratantes, y que faculta sólo a uno de ellos a poner fin a la relación convencional, ante la producción de determinados acontecimientos” (Casas de Chamorro Vanasco, María Luisa, “Distintos medios de extinción de los contratos”, en *Contratos. Homenaje a Marco Aurelio Risolía, Abeledo-Perrot*, Buenos Aires, p. 91 y ss.).

Esta autora sostiene que, en principio, la resolución funciona respecto de los contratos onerosos y bilaterales, sin perjuicio de existir supuestos especiales en algunos contratos gratuitos (comodato), y siempre y cuando la ley o el acuerdo de voluntades de los suje-

tos del acto establezcan la posibilidad de poner fin a la relación contractual.

Existen dos modalidades de resolución: el pacto comisorio expreso (art. 1203 del antiguo Cód. Civil de Vélez Sarsfield) y el pacto comisorio tácito o legal (art. 1204 del Código de Vélez). Según la letra y denominación del Cód. Civ. y Com. de la Nación, debemos hablar de “cláusula resolutoria expresa” (art. 1086) y “cláusula resolutoria implícita” (arts. 1087 y 1088).

El pacto comisorio por su parte es “la cláusula que autoriza a la parte cumplidora a seguir la vía resolutoria en caso de incumplimiento de la otra. Esto significa que brinda a una de las partes la posibilidad de, cumplidos una serie de condiciones y requisitos, resolver el contrato con la consecuencia de liberar a los involucrados del cumplimiento del contrato, y con la obligación de restituirse lo ya entregado, con algunas excepciones. La cláusula podrá ser natural, en cuyo caso estaremos frente a un pacto comisorio tácito; o accidental, lo que implicará que se trata de un pacto comisorio expreso” (Fernando J. López de Zavallía, “Teoría de los contratos. Parte General”, 3ª edición, Víctor P. de Zavallía editor, Buenos Aires, 1984, p. 385).

En el pacto comisorio expreso o cláusula resolutoria expresa, es el incumplimiento de una de las partes lo que obra como condición resolutoria. Por consiguiente, esta está pactada como una sanción aplicada a quien no ha respetado la palabra empeñada y no ha hecho efectiva su obligación. En el otro supuesto, es la propia ley la que establece que el contratante cumplidor tiene el derecho de resolver el acuerdo o de exigir la efectivización de la prestación. Empero, la resolución como tal, en cualquiera de sus variantes, nunca puede ser ejercida por el contratante culpable.

De allí que se haya señalado, con total acierto, que uno de los presupuestos de la resolución por incumplimiento es el cumplimiento de la parte que invoca el pacto comisorio, pues su mecanismo sólo puede ser ejecutado por el que ha cumplido las obligaciones a su cargo, o por aquel que no se encuentre en mora por no ser aún exigible su obligación, y que el pacto comisorio, expreso o tácito, autoriza a la parte cumplidora a declarar resuelto el contrato o pedir su resolución judicial ante el incumplimiento de la otra. Es decir que la parte incumplidora no tiene facultad de resolver el contrato, por lo que resulta necesario al actor acreditar el cumplimiento de su parte y el incumplimiento del deudor.

Formuladas las precisiones que anteceden, corresponde entonces determinar si la actora gozaba o no de la potestad de resolución unilateral del contrato, o si por el contrario y como lo sostiene la demandada en su responde, correspondía antes de la denuncia

del vínculo, la remisión de la intimación previa contemplada para el supuesto de la cláusula resolutoria implícita del art. 1087 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

En primer lugar, corresponde señalar que no se encuentra desconocido en autos que la actora haya cumplido con la obligación a su cargo, consistente en el pago del porcentaje respectivo del canon locativo, conforme surge del recibo obrante a fs. 13.

En consecuencia y en virtud de lo dispuesto por el art. 1077 del ordenamiento de fondo, entiendo que el proceder de la arrendataria fue ajustado a derecho, ya que si bien es cierto que la resolución unilateral del contrato no se encuentra prevista de modo expreso en el instrumento suscripto por las partes en fecha 23/11/2015 ni en la ley 13.246, la misma surge de la aplicación supletoria que de las normas de la locación manda a hacer el art. 41 de la ley de arrendamientos rurales y aparcerías.

Dicha norma dispone: “En los contratos a que se refiere la presente ley se aplicarán en el orden siguiente: a) Las disposiciones de la presente ley. b) Los convenios de las partes. c) Las normas del Cód. Civil, en especial las relativas a la locación. d) Los usos y costumbres locales”.

Por su parte y de modo específico, al regular el contrato de locación, el art. 1220 del Cód. Civ. y Com. de la Nación otorga al locatario la facultad de resolver de modo unilateral el contrato, si el locador incumple su obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido.

De lo que puede advertirse que la resolución unilateral existe también como modo anómalo de extinción en el contrato de arrendamiento rural, y en particular en este caso para el arrendatario en virtud de la aplicación supletoria de las normas de la locación dispuesta por el referido art. 41 inc. c) de la ley 13.246.

Amén de ello, esto surge de igual modo y ya con carácter genérico para los contratos con prestaciones recíprocas del art. 1083 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, en cuanto dispone que una parte tiene la facultad de resolver total o parcialmente el contrato si la otra parte lo incumple.

Establecido entonces que la actora tenía la potestad de resolver de modo unilateral el contrato, a contrario de lo que plantea la demandada en su responde, no resultan aplicables a la denuncia del vínculo bajo esta modalidad las normas del pacto comisorio tácito o cláusula resolutoria implícita del art. 1087 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, con lo que la intimación pre-

via al deudor (en este caso el locador) del art. 1088 inc. c), deviene en innecesaria o inconducente, ya que —como se dijo— se trata de dos modalidades contractuales extintivas distintas.

Es que siendo la intimación un requerimiento formal al deudor para que este encause su conducta o cumpla con la prestación adeudada, cuando —como en el supuesto de autos— la propia ley faculta al contratante cumplidor a disponer de manera unilateral la resolución del vínculo ante un incumplimiento de entidad suficiente de la parte incumplidora, el requerimiento de la remisión previa de una intimación pierde toda razón de ser.

Por ello es que para la extinción de los contratos con prestaciones recíprocas en general, al regular el funcionamiento de la cláusula resolutoria implícita, el art. 1089 en forma clara dispone que “el requerimiento dispuesto en el artículo 1088 (en relación a la intimación previa a la resolución) no es necesario en los casos en que la ley faculta a la parte para declarar unilateralmente la extinción del contrato, sin perjuicio de disposiciones especiales”.

Comentando esta norma y en referencia a supuestos donde es innecesario el requerimiento previo, Ricardo Luis Lorenzetti en su obra “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado” nos dice que “Ello ocurre en la resolución por incumplimiento del contrato de agencia (arts. 1494 inc. e y 1495) y en el contrato de concesión (art. 1509). Lo mismo sucede cuando media silencio del legislador sobre el procedimiento a seguir, así se da en la resolución imputable al locatario (art. 1219) y al locador (art. 1220)... Sólo por excepción, las normas especiales reenvían a las soluciones generales...” (op. cit., T. VI, p. 213, ed. Abeledo-Perrot).

Entonces, queda claro que para la operatividad de la resolución unilateral de manera extrajudicial, sólo se requiere que el acreedor se encuentre facultado para ello por el contrato o por la ley (art. 1077) y en cuanto a la comunicación de su voluntad resolutoria, que notifique la misma mediante un medio fehaciente, requisito que claramente se encuentra cumplido en el caso de autos con la remisión de la carta documento de fecha 30/09/2016.

En sentido concordante, la doctrina nos dice: “A falta de pacto, el contratante no incumplidor puede resolver por vía judicial o extrajudicial. Si lo hace por vía extrajudicial, le basta con cursar una comunicación fehaciente a la otra parte, manifestándole su voluntad resolutoria. Si bien la resolución opera de pleno derecho, requiere que el contratante no incumplidor manifieste su voluntad de resolver, ya que, hasta entonces, conserva su derecho a exigir el cumplimiento

del contrato. Naturalmente, no se requiere la aceptación del contratante incumplidor. A diferencia de lo que ocurre con la facultad resolutoria legal, para resolver por vía extrajudicial en virtud de un pacto comisorio expreso no es necesario otorgar al incumplidor una nueva oportunidad para cumplir a través de un requerimiento previo...” Por otro lado, cuando la resolución es en virtud de la facultad resolutoria legal o implícita “el contratante que pretende resolver tiene que cursar previamente un requerimiento resolutorio a la otra parte, concediéndole un plazo de gracia para que cumpla. El contrato quedará resuelto solo si el requerido no cumple dentro del plazo correspondiente...” (“La resolución por incumplimiento en el contrato de locación”, Sánchez Herrero, Andrés - Publicado RCCyC 2019 noviembre, 185 - Cita: TR LA LEY AR/DOC/2625/2019).

Establecido entonces que la actora tenía la potestad de resolver de modo unilateral el contrato, cabe ahora determinar si la denuncia del vínculo fue justificada, es decir si el incumplimiento atribuido a la demandada ameritaba la resolución del arrendamiento y si la causal invocada se encuentra acreditada en autos.

Para ello y más allá de lo dispuesto de modo específico para el contrato que nos ocupa, como se verá infra, corresponde remitirse al art. 1089 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, el cual establece: “Configuración del incumplimiento. A los fines de la resolución, el incumplimiento debe ser esencial en atención a la finalidad del contrato. Se considera que es esencial cuando: a) el cumplimiento estricto de la prestación es fundamental dentro del contexto del contrato; b) el cumplimiento tempestivo de la prestación es condición del mantenimiento del interés del acreedor; c) el incumplimiento priva a la parte perjudicada de lo que sustancialmente tiene derecho a esperar; d) el incumplimiento es intencional; e) el incumplimiento ha sido anunciado por una manifestación seria y definitiva del deudor al acreedor”.

Conforme surge de la carta documento de fecha 30/09/2016, la actora invocó como causal de resolución del contrato, la falta de entrega del uso y goce del lote arrendado. Allí se indica que la Sra. Trujillo nunca pudo tomar posesión del fundo en razón de que el mismo se encontraba ocupado por las Sras. Amalia y Rosario Gallardo, quienes manifestaban ser herederas del anterior arrendatario, y que la demandada siempre tuvo conocimiento de ello.

Por lo cual y al considerar que la entrega del inmueble arrendado constituye una obligación esencial a cargo del locador, en virtud de la naturaleza del contrato que los vinculara, dispuso la resolución del mismo en los términos de los arts. 1077 y 1083 del Cód. Civ. y Com. de la Nación.

Como ya se dijo, entre las partes existió un contrato de arrendamiento rural, el cual implica —por definición legal— la concesión del uso y goce de un predio ubicado fuera de la planta urbana de las ciudades o pueblos, con destino a la explotación agropecuaria en cualquiera de sus especializaciones (art. 2 ley 13.246).

Asimismo, y en virtud de la remisión efectuada por el art. 41 de la ley de arrendamientos rurales y aparcerías a las normas de la locación, también corresponde decir que “Hay contrato de locación si una parte se obliga a otorgar a otra el uso y goce temporario de una cosa, a cambio del pago de un precio en dinero” (art. 1187 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Según estos conceptos y lo dispuesto por el art. 1087 antes transcripto, resulta evidente que el otorgamiento del uso y goce de la cosa arrendada conforme al destino acordado y el mantenimiento del locatario en la tenencia de la misma, resulta una obligación esencial del arrendante o locador, cuyo incumplimiento tiene la entidad suficiente para justificar la resolución del contrato.

En sentido concordante, la doctrina nos dice: “La locación es un contrato de tracto sucesivo, cuya finalidad esencial es ‘el uso y goce de la cosa locada durante todo el tiempo de la locación’. En consecuencia, después de entregar la cosa, el locador está obligado a conservarla en buen estado y a mantener al locatario en el goce pacífico de ella por todo el tiempo de la locación, haciendo todos los actos necesarios a su objeto, y absteniéndose de impedir, minorar o crear embarazos al goce del locatario” (“Dos conflictos en la locación - daños y perjuicios y alquileres cuando no se restituye la cosa locada. Obligación de locador y locatario de mantener la cosa en buen estado”, Molina Quiroga, Eduardo - Publicado en LA LEY, 1998-D, 1189 - Cita: TR LA LEY AR / DOC/5078/2001).

Por ello esto está así contemplado de modo expreso por el art. 1220 del Cód. Civ. y Com. de la Nación como un supuesto de resolución imputable al locador en los siguientes términos: “El locatario puede resolver el contrato si el locador incumple: a) la obligación de conservar la cosa con aptitud para el uso y goce convenido; b) la garantía de evicción o la de vicios rehdibitorios”.

Claramente, al hablar la norma de “rescisión/resolución”, conforme a lo antes dicho, se trata de un modo unilateral de extinción del contrato en base a una facultad expresa otorgada por la ley y frente a un incumplimiento grave del locador, que —como tal— no exige la previa constitución en mora del contratante incumplidor y la remisión de la intimación prevista en el art. 1088 para la cláusula resolutoria implícita

(art. 1087) de modo genérico para todos los contratos bilaterales.

El carácter esencial de la entrega de la cosa dentro del contrato de locación también surge de las obligaciones expresas impuestas por la ley al locador. Así el art. 1200 dispone: “Entregar la cosa: El locador debe entregar la cosa conforme a lo acordado. A falta de previsión contractual debe entregarla en estado apropiado para su destino, excepto los defectos que el locatario conoció o pudo haber conocido” y el art. 1201 “Conservar la cosa con aptitud para el uso convenido: El locador debe conservar la cosa locada en estado de servir al uso y goce convenido”.

Es de destacar que la obligación del locador no sólo se suscribe a la entrega oportuna de la cosa locada, sino también a garantizar el uso y goce de la misa durante toda la vigencia de la relación.

En tal sentido se ha dicho: “La obligación de la locadora de entregar la cosa en buen estado no queda circunscripta al momento en que el inquilino recibió la tenencia del bien, sino que involucra todo el lapso de la locación para mantenerlo en el goce pacífico y para garantizarle el uso para el cual ha sido contratado” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala A, “Claj SRL c. Malimovka, Flora C.” y “Malimovka, Flora C. c. Claj SRL”, 10/07/2000, LA LEY, 2000-F, 236, DJ, 2000-3, 830, AR/JUR/3876/2000).

Entonces, establecido sin hesitaciones el carácter esencial de la entrega de la cosa por parte del locador, cabe por fin determinar si existió efectivamente tal incumplimiento por parte de la demandada en autos.

A tal efecto, resultan de suma utilidad las copias certificadas del Expediente N° P-141583/16, caratulado: “Gallardo Rosario D. y otros - p.s.a. usurpación - Perico”, donde consta que en fecha 25/11/2015 la actora de autos formuló una denuncia penal en contra de algunos miembros de la familia Gallardo, en razón de que estos ocupaban el lote arrendado al Estado Provincial (fs. 03).

En esas actuaciones, a fs. 10 se agrega acta de constatación en el lote de la “Finca El Pongo” realizada por personal policial, donde se dejó constancia que el mismo estaba ocupado por Amalia Flora Gallardo y Rosario Dominga Gallardo, quienes se encontraban viviendo y explotando el mismo.

Ello es coincidente con las declaraciones testimoniales de P. F., R. Á. Y. y A. A., recabadas también por personal policial al realizar una encuesta socio ambiental en la zona, quienes manifestaron que el lote en cuestión era ocupado por las hijas del Sr. Isidro Ga-

llardo en razón del fallecimiento de éste, quien fuera su anterior arrendatario.

Esto determinó que en fecha 12/01/2016 el Ayudante Fiscal actuante intimara a Amalia Flora Gallardo y a Rosario Dominga Gallardo a desalojar el predio en el término de veinticuatro horas, bajo apercibimiento de imputarles el delito de usurpación (fs. 20), y es reafirmado por las antes nombradas con el escrito agregado a fs. 22, donde manifiestan “ser las dueñas del terreno” y reconocen que no tienen ningún vínculo contractual con la “Finca El Pongo”.

Luego, en fecha 13/01/2016 a fs. 25 la Policía constata de nuevo que el lote se encuentra ocupado por la familia Gallardo, lo que determinó que en fecha 18/01/2016 se imputara el delito de usurpación a las intrusas.

Y por último, en esas actuaciones a fs. 70 se agrega ratificación de denuncia de la Sra. Trujillo, donde reitera que aún no pudo tomar posesión de las tierras arrendadas.

Todo esto es coincidente con las declaraciones testimoniales producidas en autos por M. A. C. (fs. 138) y E. C. (fs. 147), quienes con sus dichos ratificaron que la Sra. Trujillo nunca pudo tomar posesión del lote en razón de que el mismo se encontraba ocupado por la familia Gallardo.

No resulta óbice para ello, la manifestación de la demandada (escrito de contestación de la demanda, en especial a fs. 197 vta.) en donde indica que es falso que su mandante no haya hecho entrega a la Sra. Trujillo del predio arrendado, ya que conforme surge de la nota que adjunta y que fuera ingresada en fecha 16/11/2015 a la Finca El Pongo, la actora reconoce ser arrendataria de una fracción de tierra de ese predio desde el mes de junio de 2015, por lo que mal puede ahora sostener que el Estado Provincial incumplió con su obligación de entrega del predio arrendado.

Analizada la nota obrante a fs. 103, tampoco surge que la ahora actora hubiera entrado en posesión de las tierras, sino todo lo contrario. Surge de tal instrumental literalmente que la ahora actora solicita “Después de haber averiguado que el verdadero dueño de la tierra es la finca el pongo le solicito a usted que me arriende las mismas ofreciendo abonarles no solo el arriendo sino la deuda que pueda presentar la situación de las Sras. Amalia Gallardo y Rosario Gallardo...”

Es así que, no se constata que el Estado Provincial hubiera puesto en posesión de las tierras arrendadas a la locataria, sino todo lo contrario.

En consecuencia y por encontrarse acreditado que el Estado Provincial no cumplió con la entrega de la cosa arrendada, ni con su obligación de garantizar el uso y goce de la misma conforme al uso convenido, tratándose éstas de obligaciones a su cargo (arts. 1200 y 1201 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) de carácter esencial (art. 1084), la resolución unilateral del contrato por parte de la actora se encuentra suficientemente justificada (arts. 1077 y 1220) por lo que, al haber comunicado de modo formal tal voluntad mediante la remisión de la carta documento de fs. 6, corresponde tener por resuelto al 23/09/2016 el contrato de arrendamiento agrario del 23/11/2015 suscripto entre la Sra. Lidia Trujillo Coraite y el Estado Provincial.

VI. Convalidada la resolución extrajudicial del contrato, corresponde entonces expedirse respecto de los daños y perjuicios cuya reparación se pretenden en la demanda, los que serán analizados en forma individual a los fines de su mejor tratamiento:

Restitución de sumas pagadas y gastos: Producida la resolución del contrato, las partes deben restituirse lo que han recibido (art. 1080 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), y se encuentra acreditado conforme recibo de fs. 13 que en fecha 23/11/2016 la Sra. Trujillo abonó la suma de \$21.093,09 (pesos veintiún mil noventa y tres con nueve centavos) por el arrendamiento del predio y como adelanto del total del mismo, por lo que cabe condenar al Estado Provincial a la restitución de la misma, con más los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) desde esa fecha y hasta su efectiva restitución.

Asimismo y considerando que la reparación del daño incluye el reembolso de los gastos generados por la celebración del contrato (art. 1078 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), se condena a la demandada a la restitución de la suma de \$1.153,21 (pesos un mil ciento cincuenta y tres con veintiún centavos) conforme recibos por tales conceptos obrantes a fs. 12 y 14 de autos, con más los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) desde el 24/11/2015 y hasta su efectiva restitución.

Por su parte, respecto de la devolución de los documentos ley que se reclama en la demanda y si bien en la Cláusula Sexta *in fine* del contrato se estipuló que la actora firmaría como garantía los mismos, al estar desconocido tal extremo por parte de la demandada y por no obrar constancias fehacientes de la efectiva firma de los mismos, se rechaza el reclamo efectuado en tal sentido.

Lucro cesante y pérdida de chance: Al respecto, la doctrina nos dice: “El lucro cesante se configura con la pérdida del enriquecimiento patrimonial razonablemente esperado, o sea la frustración de las ventajas, utilidades, ganancias o beneficios de los que se privó al damnificado... En la pérdida de chances lo que se frustra es la probabilidad o expectativa de ganancias futuras, en las que lo que se indemniza no es todo el beneficio esperado (caso del lucro cesante) sino de la oportunidad perdida...” (Ricardo Luis Lorenzetti en su obra “Código Civil y Comercial de la Nación Comentado”, T. VIII, p. 484, Ed. Abeledo-Perrot).

En igual sentido, el STJ tiene dicho: “La pérdida de una ‘chance’ es un daño cierto, no eventual, pues se frustra ciertamente para otro una oportunidad que existe como tal, de obtener una ganancia o de evitarse un perjuicio. La indemnización es de la ‘chance’ misma y no de la ganancia, por lo que aquél debe ser apreciado judicialmente, según el mayor o menor grado de posibilidad de convertirse en cierta; el valor de la frustración estará dado por el grado de probabilidad (Bustamante Alsina Jorge, Teoría General de la Responsabilidad civil” Abeledo-Perrot, Buenos Aires 1993, 8ª ed., p. 176 y “Equitativa valuación del Daño no mensurable, LA LEY, 1990-A, 654). Se dijo que la pérdida de una posibilidad o chance constituye una zona gris o limítrofe entre lo cierto y lo incierto, lo hipotético y lo seguro; se trata de una situación en la que media un comportamiento antijurídico que interfiere en el curso normal de los acontecimientos de forma tal que no se podrá saber si el afectado habría o no obtenido una ganancia o evitado una pérdida de no haber mediado ese hecho antijurídico...” (LA 5 N° 11).

En otro precedente, la Corte Provincial sostuvo: “Para que el lucro cesante sea indemnizable debe resultar objetivamente comprobable, lo que se contrapone al daño incierto. La pérdida de una posibilidad o chance —conforme lo resuelto— es un daño cierto, en la pérdida de chance resulta previsible la oportunidad de obtener un lucro cesante: Quien tiene derecho al lucro cesante futuro se encuentra al momento del evento dañoso en el status laboral que permite obtener ganancias; en la chance es previsible que acceda al status, pero no que de él se deriven necesariamente tales incrementos. La posibilidad puede ser actual o también futura. Cuando la posibilidad de obtener la ganancia o de evitar la pérdida es bastante fundada —o sea, cuando más que posibilidad sea probabilidad suficiente—, la frustración de ella debe indemnizarla el responsable; pero esta indemnización es de la chance misma, que el juez apreciará en concreto, y no de la ganancia o de la pérdida que era el objeto de aquélla, ya que no puede olvidarse que lo frustrado es propiamente la chance, la cual por su propia naturaleza, es siempre problemática en su realización” (LA 51 N° 580).

Conceptualizados tales rubros, cabe decir que a los fines de su admisibilidad se requiere una prueba asertiva y concreta sobre la frustración o expectativas de ganancias de las que se vio privado el damnificado como consecuencia del evento dañoso, exigiéndose —además— que su reclamo sea efectuado sobre una base real y concreta y no sobre una pérdida hipotética o conjetural.

En el caso de autos, la actora sostiene que el lucro cesante y la pérdida de chance consisten en no haber podido adquirir un vehículo utilitario apto para el transporte de las cosechas objeto del contrato, el que pensaba comprar con las ganancias que esperaba obtener con la comercialización de las hortalizas y granos a sembrar en el lote arrendado al Estado Provincial.

Para acreditar tal extremo y como elemento probatorio sólo adjunta una factura de compra de granos y semillas por \$13.721 (fs. 11) pero de fecha anterior a la firma del contrato con la demandada, por lo que mal puede ser vinculado a la resolución contractual cuya reparación se pretende en autos.

Si bien es cierto que la actora también ofreció dos pruebas periciales y que las mismas fueron diferidas por el Tribunal, la realidad es que las mismas sólo podrían informar sobre ganancias eventuales o conjeturales, con lo que ninguna certeza podrían aportar al respecto.

Compartiendo este criterio y en un precedente de estricta aplicación al caso de marras, se ha dicho: “El lucro cesante es la ganancia o utilidad de la cual se ha visto privada una persona a raíz de la ocurrencia de un acto ilícito, lo cual implica una falta de ganancia o de acrecentamiento patrimonial que razonablemente hubiere podido obtener de no haberse producido el evento, de modo que el reclamo debe hacerse sobre una base real y cierta y no sobre una pérdida probable o hipotética. La admisión de su existencia requiere una prueba certera de la cuantía de las ganancias dejadas de percibir, demostración que incumbía al accionante y que no se presentó en el caso de autos. Tampoco puede tomarse como base las sumas que estimó el perito ingeniero a fs. 281 en su dictamen por no constituir una prueba certera de las ganancias que efectivamente dejó de percibir el accionante” (“Abad, Antonio L. c. Cechini, Mónica B.”, 20/10/2010, Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala L, TR LA LEY AR/JUR/71059/2010).

Con lo cual y si bien dicho criterio resulta aplicable al lucro cesante, mayor rigidez probatoria corresponde exigirse para la admisibilidad de la pérdida de chance, dado que lo que se indemniza es la pérdida

de una mera oportunidad y que, por tanto, está dotada de un alea o eventualidad aún mayor.

En particular, y respecto de la rigurosidad con la que debe acreditarse la oportunidad pérdida de ganancias futuras, se ha sentenciado: “El daño sufrido por el locatario por pérdida de chance no puede ser reparado, habida cuenta de la orfandad probatoria, aunque fuera en forma estimativa de las sumas generadas por su actividad que habría dejado de percibir...” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala D, “Sáenz, Mariano y otro c. Longhi, Ana M. y otro s/ daños y perjuicios”, 23/04/2018, LA LEY 27/08/2018, 11 - LA LEY, 2018-D, 433, RCyS 2018-XI, 162, AR/JUR/23888/2018).

Por lo tanto, estimo que corresponde el rechazo del reclamo por lucro cesante y pérdida de chance.

Daño extrapatrimonial:

Por último, la actora solicita la reparación de los perjuicios no patrimoniales sufridos como consecuencia del incumplimiento contractual de la demandada y el haber visto frustrado su proyecto de convertirse en productora agrícola.

Alega haber tenido que peregrinar en reiteradas oportunidades por las oficinas de la “Finca El Pongo” para reclamar la efectiva entrega del lote, sufriendo —además— los insultos y maltratos de quienes ocupaban el mismo, cuando se presentaba a solicitarles que lo desocupen.

Agrega que la desazón y sufrimiento de la Sra. Trujillo se incrementaron al haber tenido que concurrir sucesivas veces a la Fiscalía de Investigación en lo Penal como consecuencia de la denuncia por usurpación que tuvo que realizar en contra de los ocupantes del lote arrendado a su parte por el Estado Provincial.

Como es sabido, el daño no patrimonial o daño moral es el menoscabo o lesión a intereses no patrimoniales que el reclamante pudiera haber padecido. Comprende los padecimientos y angustias que lesionan las afecciones legítimas de la víctima. Es decir, todo perjuicio que no puede comprenderse como daño patrimonial por tener por objeto un interés puramente no patrimonial, algunas de las cuales enumera a modo enunciativo el art. 1738 del Cód. Civ. y Com. de la Nación: los derechos personalísimos de la víctima, su integridad personal, su salud psicofísica, sus afecciones espirituales legítimas y las que resultan de la interferencia en su proyecto de vida.

Como lo señalara este Tribunal en el Expediente N° B-210.233/09, caratulado: “Cobro de Indemnización: Martínez Marta Y. c. Municipalidad de la Ciudad de

San Francisco de Tilcara”, “...por medio de este rubro indemnizatorio se persigue resarcir el detrimento o lesión en los sentimientos, en las íntimas afecciones de una persona. Que además, tiene lugar cuando se infiere un gravamen apreciable a ellas o, en general, cuando se agravia un bien extrapatrimonial o derecho de la persona digno de tutela jurídica, y encuentra justificación sólo en tanto la tranquilidad personal es dañada en una magnitud que claramente sobrepasa las molestias o preocupaciones tolerables”.

Si bien es cierto que en dicho precedente —donde se reclamó la reparación del daño moral como consecuencia de la extinción de una relación de empleo público— esta Sala se pronunció por el rechazo de tal pretensión, entiendo que las disímiles circunstancias del caso que nos ocupa y estrictas razones de justicia, ameritan apartarse de tal criterio y admitir el presente rubro.

Es que no obstante tener en claro que la reparación del daño moral debe concederse con cierta estrictez (LA 58 N° 1175), con mayor razón cuando, como en el caso de autos, ello es como consecuencia de la disolución de un vínculo contractual, no es menos cierto que “el juez debe valorar, en función de las circunstancias del caso, la existencia cualitativa y cuantitativa del perjuicio moral y su demostración, sin atenerse a pautas rígidas” (LA 5 N° 60).

En el *sub lite* se encuentra acreditado que, pese a haber suscripto un contrato que lo obligaba a ello y representa su principal obligación —conforme a la naturaleza del vínculo contractual— el locador no hizo entrega a la actora de la cosa locada o, por lo menos, nunca garantizó su uso y goce de manera pacífica, conforme al destino pactado, al estar probado que el lote siempre estuvo ocupado en forma irregular por personas de la familia Gallardo. Esto así se desprende de las declaraciones testimoniales producidas en autos y las que obran en la causa penal por usurpación, unida por cuerda.

Lo expuesto respecto de la gravedad del incumplimiento de la demandada resulta trascendental al momento de meritar la admisibilidad del rubro bajo examen, ya que —como se dijo— no se trató de la no prestación de una cuestión accesoria o accidental dentro del acuerdo suscripto entre las partes, sino de la principal obligación del locador.

Al respecto, puede leerse: “A fin de que exista daño moral en materia de responsabilidad contractual, es menester que se haya turbado seriamente la moral, el honor, la libertad o los afectos del acreedor, ya que las molestias derivadas de un simple incumplimiento contractual no son suficientes para hacer viable el reclamo” (Cámara de Apelaciones en Documentos y

Locaciones de Tucumán, Sala I, “Rivarola, Francisco A. c. Castillo SACIFA”, 17/10/2005, La Ley Online, AR/JUR/9281/2005).

Con igual norte, se dijo: “En el supuesto de rescisión de un contrato, la reparación del daño moral requiere que se demuestre no sólo un incumplimiento jurídicamente relevante sino además que exista una atribución de responsabilidad adecuada vinculada causalmente con dicho incumplimiento, susceptible de haber generado la alteración de índole espiritual” (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala M, “Romero, Diego A. c. Cons. de Prop. Av. Córdoba 1439/41”, 28/11/2005, La Ley Online, AR/JUR/6260/2005).

Por ello es que, y como es dable de preverse, la firma del contrato y el pago de parte del canon respectivo, pudo generar lógicas expectativas en la actora que nunca se concretaron por el incumplimiento de la demandada, lo que con toda seguridad significó una interferencia o afectación de su proyecto de vida, al tener en cuenta que según se encuentra denunciado y acreditado en autos con las declaraciones testimoniales producidas, la Sra. Trujillo tiene como medio de sustento la producción y comercialización de hortalizas.

A lo que cabe agregar que, denunciada por la actora la ocupación por parte de terceras personas del lote que le fuera dado en arrendamiento por parte de la administración de la Finca “El Pongo”, no se encuentra probado que la demandada efectuara actuación alguna para garantizar el uso y goce pacífico del predio arrendado a la Sra. Trujillo.

Incluso la misma tuvo que realizar una denuncia penal en contra de los intrusos, conforme consta en las actuaciones unidas por cuerda, donde a fs. 18 y con motivo de responder un informe solicitado por la Ayudante Fiscal actuante, desde la administración de la Finca “El Pongo” manifiestan que “no existe ni existió ningún grupo familiar que habitara dicho fundo”, cuando las declaraciones testimoniales y las constataciones in situ allí realizadas por personal policial, dan cuenta que el lote se encuentra ocupado por terceras personas y que estas se niegan a la entrega del mismo a la Sra. Trujillo, invocando ser herederas de su anterior arrendatario (Sr. Gallardo).

Tal proceder de la demandada tuvo la entidad suficiente como para generar aflicciones en la personalidad de la actora que justifican el reconocimiento del daño extrapatrimonial pretendido.

Por tal motivo y de conformidad al principio de reparación plena del daño (art. 1740 del Cód. Civ. y Com. de la Nación) y en especial medida lo dispues-

to por el artículo 10 de la Constitución de la Provincia, estimo justo acordar una indemnización por este concepto a favor de la actora, la que se justiprecia en la suma de \$20.000.- (veinte mil pesos) a valores actuales, a los que a partir de la mora se le adicionarán los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) y hasta su efectivo abono.

Por todo lo expuesto, propicio entonces hacer lugar a la demanda por daños y perjuicios promovida por Lidia Trujillo Coraite en contra del Estado Provincial y en consecuencia condenar a este último a abonar a la actora por daño material: 1) la suma \$21.093,09 (pesos veintiún mil noventa y tres con nueve centavos) en concepto de restitución de lo abonado por el arrendamiento del predio y 2) la suma de \$1.153,21 (pesos un mil ciento cincuenta y tres con veintiún centavos) por reembolso de gastos (art. 1078 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), en ambos casos desde que las mismas fueran abonadas, con más los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) y hasta su efectiva restitución.

A su vez, rechazar la demanda por restitución de documentos ley, lucro cesante y pérdida de chance, y por último, hacer lugar a la demanda por reparación del daño no patrimonial, a cuyo mérito se condena al Estado Provincial a abonar a la actora la suma de \$20.000.- (veinte mil pesos) a valores actuales, a los que a partir de la mora se les adicionarán los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) y hasta su efectivo abono.

VII. En cuanto a las costas, atento a la forma en la que se resuelve la cuestión y a que la demandada obligó a litigar a la actora, las mismas se imponen al Estado Provincial que resulta vencido, conforme al principio general contenido en el art. 102 del Código Procesal Civil (de aplicación supletoria al fuero).

Respecto a la regulación de honorarios, se difiere la misma hasta tanto exista base económica para ello.

Es mi voto.

El doctor *Damiano* dijo:

Que en oportunidad de la deliberación he expuesto conceptos y conclusiones similares a las expuestas en el primer voto al que adhiero, por lo que me expido en idéntico sentido.

Es mi voto.

Por ello, la Sala II del Tribunal Contencioso Administrativo de la Provincia de Jujuy, conforme a los considerandos resuelve: 1. Hacer lugar a la demanda deducida por Lidia Trujillo Coraite por resolución contractual y en consecuencia condenar al Estado Provincial a abonar a la actora la suma de \$21.093,09 en concepto de restitución de lo abonado por el arrendamiento del predio y la suma de \$1.153,21 por reembolso de gastos (art. 1078 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), en ambos casos desde que las mismas fueran abonadas, con más los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) y hasta su efectiva restitución. 2. Rechazar la demanda por restitución de documentos ley, lucro cesante y pérdida de chance. 3. Hacer lugar a la demanda por reparación del daño no patrimonial, a cuyo mérito se condena al Estado Provincial a abonar a la actora la suma de suma de \$20.000.- a valores actuales, a los que a partir de la mora se le adicionarán los intereses según la tasa activa cartera general (préstamos) nominal anual vencida a 30 días del Banco de la Nación Argentina (LA 54 N° 235 y LA 54 N° 242) y hasta su efectivo abono. 4. Imponer las costas a la demandada y diferir la regulación de honorarios. 5. Dejar constancia en autos, protocolizar y hacer saber. — *Fernando R. Pedicone*. — *Sebastián Damiano*.

La extinción unilateral en el arrendamiento rural

José Ignacio Pastore (*)

Sumario: I. Preliminar.— II. Hechos y fallo.— III. El arrendamiento rural.— IV. El vínculo de derecho público derivado de la calidad del arrendador.— V. El pacto comisorio.— VI. Facultad resolutoria expresa.— VII. La cláusula comisorio implícita.— VIII. Incumplimiento.— IX. Efectos del pacto comisorio.— X. El pacto comisorio en los diferentes contratos y en el arrendamiento rural.— XI. El incumplimiento en el caso de autos.— XII. Las consecuencias patrimoniales y extrapatrimoniales de la resolución del contrato.— XIII. Cierre.

I. Preliminar

La extinción extrajudicial del contrato por declaración unilateral siempre ha sido un tema atractivo de considerar. Las exigencias legales para su procedencia y la subsunción del caso al régimen legal son un aliciente para un nuevo comentario a fallo.

En este caso, el precedente emitido por la sala II del Tribunal Contencioso Administrativo de la provincia de Jujuy *in re* “Trujillo Coraite, Lidia c. Estado Provincial s/ resolución de contrato”, del 02/09/2021, sirve de justificación como para formular algunas precisiones y comentarios al respecto.

Más aún frente a dos situaciones que, a primera vista, se presentan como peculiares. En primer lugar, la viabilidad de la cláusula compromisorio cuando uno de los contratantes es el Estado y, en segundo término, la procedencia de la figura en el caso del régimen de arrendamiento rural.

Veamos sucintamente los hechos del caso.

(*) Abogado (UCSF); magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Univ. Austral); docente de grado (UCSE - DAR - UCSF) y posgrado; juez de primera instancia en lo Civil, Comercial y Laboral de Sunchales (Santa Fe).

II. Hechos y fallo

Las partes celebraron un contrato de arrendamiento rural, abonándose ciertos cánones locativos por anticipado.

Luego de un año de su celebración, alegando imposibilidad en el uso y goce del inmueble locado (ocupación por tercero) y sin previo aviso, el arrendatario remitió misiva extrajudicial por la cual resolvió unilateralmente el contrato, con fundamento en los arts. 1077 y 1083 del Cód. Civ. y Com.

Con posterioridad reclamó judicialmente la resolución de contrato, reposición de sumas pagadas con más accesorios, lucro cesante y daño moral.

A su turno, la demandada invocó que la arrendataria tuvo efectivamente posesión del inmueble, resultando un problema entre esta y terceros quienes realizaron una tenencia compartida.

Asimismo, denunció imposibilidad de invocar la resolución contractual por aplicarse al caso las normas de derecho público, en donde no se aplica el pacto comisorio tácito, habiéndose acordado solamente la cláusula resolutoria de forma expresa en favor de la arrendadora. Y, no habiendo emplazamiento previo a la resolución, no correspondió la rescisión extrajudicial.

La sentencia resolvió hacer lugar parcialmente a la demanda, destacándose concretamente tres aspectos:

- la existencia o no de régimen específico que regule la responsabilidad del Estado ante el supuesto de resolución contractual;
- si la arrendataria contó con la facultad de disponer la resolución unilateral del contrato; y
- de contar con la atribución resolutoria implícita, si existió incumplimiento del arrendatario que habilite el resarcimiento.

En mérito de la necesaria revisión del régimen normativo, lo reseñamos sucintamente.

III. El arrendamiento rural

El arrendamiento rural regido por la ley 13.146 resulta un contrato conmutativo y de cambio, en virtud del cual el arrendador entrega al arrendatario el uso y goce de un predio rural con destino a la explotación agropecuaria —en cualquiera de sus especializaciones— a cambio del pago en dinero.

Se diferencia de la aparcería en tanto esta es un contrato asociativo en el que una de las partes se obliga a entregar a otra un predio rural, pudiendo contener plantaciones, sembrados, animales, enseres o elementos de trabajo; para la explotación en cualesquiera de sus especializaciones, con el objeto de repartirse los frutos (1).

En el arrendamiento, el arrendador confiere la gestión de la empresa al arrendatario, quien tiene a su cargo la totalidad de los riesgos propios de la explotación.

Del texto normativo, y a diferencia del régimen general de locación, se destaca que:

- posee un plazo mínimo de tres años;- se dispone la imposibilidad de ceder el contrato o subarrendar salvo conformidad;
- se prohíbe toda explotación irracional del suelo, facultándose al arrendador a reclamar la

rescisión del contrato o solicitar judicialmente el cese de la actividad prohibida;

- para el supuesto de erosión o agotamiento sobreviniente por caso fortuito, cualquiera de las partes puede declarar rescindido el contrato;
- resultan insanablemente nulas ciertas cláusulas (v.gr., obliguen a vender cultivo o animales a persona determinadas; contratar la ejecución de labores rurales o transporte con persona determinada; utilizar un sistema o elementos determinados en la explotación en forma que no se ajuste a una adecuada técnica cultural; y aquellas cláusulas que importen la prórroga de jurisdicción o la constitución de un domicilio especial distintos del real del arrendatario);

- se estipula la rescisión ante el abandono injustificado de la explotación o la falta de pago del precio;

- ante incumplimiento de obligaciones esenciales del contrato el arrendador se encuentra facultado a pedir su ejecución o la rescisión del contrato con más los daños irrogados;

- en atención a las características del inmueble locado, también se imponen ciertas cargas periódicas al arrendador (v.gr., contribución a la lucha contra malezas o plagas, bajo sanción de compensar el crédito por las sumas invertidas).

IV. El vínculo de derecho público derivado de la calidad del arrendador

Una de las cuestiones tratadas en el fallo resultó si la personería de una de las partes altera la naturaleza del vínculo contractual.

Recordemos que, en el caso, el arrendador resultó el Estado provincial y que precisamente por tal carácter se invocó la inaplicabilidad de las normas de derecho privado (cláusula compromisoria implícita).

Incluso el actor/arrendatario, para atribuir responsabilidad al demandado/arrendador, demandó la inconstitucionalidad de los arts. 1764 y 1765 del Cód. Civ. y Com. (2) bajo el presunto

(1) BREBBIA, Fernando P., "Acerca de la naturaleza jurídica de los contratos agrarios excluidos del régimen legal de la ley 13.246 y sus modificatorias", AR/DOC/6279/2001.

(2) Art. 1764: "Inaplicabilidad de normas. Las disposiciones del Capítulo 1 de este Título no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidaria".

gravamen que dichas normas ocasionan en su interés, *so pretexto* de la existencia de un régimen diferenciado de responsabilidad en el supuesto de contrataciones del Estado.

El fallo sostuvo que resulta inexistente cualquier tipo de norma —genérica o específica— que contemplen de la responsabilidad del Estado —provincial— frente a un supuesto de resolución contractual.

Se destaca ello, dado que la particular redacción de los arts. 1464 y 1765, si bien trajo opiniones encontradas en oportunidad de su sanción, en nada modificó el régimen contractual en el supuesto de intervención de entes públicos, salvo, claro está, ante disposiciones específicas en sentido contrario.

En tal caso, y como derivación lógica, se aplicaron al caso los principios generales en materia de contrato, al efecto de evaluar la conducta contractual del Estado.

Destacó con toda pertinencia el fallo que las reglas genéricas del derecho no se circunscriben a una rama en particular, sea pública o privada, sino que deben ser utilizados en forma directa por cualquier orden del ordenamiento jurídico.

Muchas de ellas se encuentran consagradas en el título preliminar del Código unificado, y otras se pueden desprender de su articulado.

V. El pacto comisorio

En el caso analizado, el arrendatario, aun sin disposición contractual específica invocó la cláusula resolutoria implícita (art. 1087, Cód. Civ. y Com.) para extinguir unilateralmente el vínculo de forma extrajudicial.

Ello mereció el rechazo del arrendador, invocado su inaplicabilidad por falta de estipulación contractual. Asimismo, invocó la inaplicabilidad del instituto ante su especial personería estatal.

Así las cosas, cabe preguntarnos si procede el pacto comisorio tácito en el contrato de locación. Más aún en el supuesto particular del con-

trato de arrendamiento rural el cual goza, como vimos, de sustanciales diferencias con el régimen locativo genérico.

Recordemos que el pacto comisorio es el derecho subjetivo cuya opción tiene la parte cumplidora del contrato, derivado de la ley o del contrato, de solicitar reciprocidad de la restante en el cumplimiento de la prestación insatisfecha. O bien, obtener la resolución del contrato —judicial o extrajudicial— ante el incumplimiento —subjetiva u objetivamente— adjudicable a la contraparte (3).

Dicha cláusula puede aparecer como elemento natural del contrato, operando como pacto tácito que otorga una facultad resolutoria implícita, o como elemento accidental, operando como pacto expreso y acordando una facultad resolutoria expresa.

La solución permite la rápida extinción de situaciones contractuales por el incumplimiento de una de las partes y evita la generación de perjuicios adicionales a quien se ha visto afectado por la conducta de su contraparte. Con ello, abandonar rápidamente una relación que les es perjudicial y antieconómica.

El Código unificado permite utilizar la cláusula en los contratos en los que haya prestaciones recíprocas, en tanto medie incumplimiento. Este puede representarse de variadas formas y modalidades: parcial o definitivo, con retardado, defectuoso, etcétera.

La facultad de resolver encuentra determinados límites, como:

a) El abuso del derecho (art. 10, Cód. Civ. y Com.) el cual impide la resolución del contrato en forma abusiva debido a un incumplimiento minúsculo (4).

(3) BUERES, Alberto J., "El pacto comisorio tácito y la mora del deudor", AR/DOC/11814/2001. Similar sentido: CNCom., sala E, 09/11/2010, "Iglesias, Luis M. y otros c. Di Giunta, Eduardo E. y otros", LA LEY 2011-C, 231 con nota de Eduardo C. MÉNDEZ SIERRA, JA 2011-III, 699, AR/JUR/88002/2010.

(4) "Si el demandado, que gozaba de la posesión del bien adquirido —en el caso, un tractor—, incumplió con su obligación de pago de saldo de precio durante más de un año hasta que el vendedor dedujo demanda, no configura ejercicio abusivo del derecho que este haga

Art. 1765: "Responsabilidad del Estado. La responsabilidad del Estado se rige por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda".

b) Las disposiciones legales, por caso el art. 1219, relativo a la locación que exige incumplimientos de pago de al menos dos períodos consecutivos para que el locador pueda demandar la resolución; o en el art. 1184 relativo al contrato de suministro que exige notable importancia en el incumplimiento y que se dude sobre la posibilidad del deudor de atender los posteriores vencimientos.

La posibilidad resolutoria que consagra el art. 1204 del Cód. Civ. y Com. constituye una facultad de la parte cumplidora, pero no cualquier incumplimiento puede servir de base para poner en funcionamiento el pacto comisorio. Para optar por la resolución del contrato debe mediar, como se verá luego, un incumplimiento de cierta gravedad o entidad (5).

Se contempla la posibilidad de variar la pretensión resolutoria [art. 1078, incs. e) y f), Cód. Civ. y Com.], si una de las partes ha demandado

uso del pacto comisorio convenido sin optar por la vía de cumplimiento de la prestación, pues el incumplimiento mencionado reviste entidad suficiente para solicitar directamente la resolución contractual" (CCiv. y Com. Resistencia, sala III, 05/12/2013, "Colombo, Jorge A. c. Quijano, Ismael s/ resolución de contrato y daños y perjuicios", AR/JUR/88859/2013); "La resolución del contrato de compraventa de un inmueble por aplicación del pacto comisorio estipulado debe rechazarse, que el comprador pagó más de 90% del total, la aplicación de dicha cláusula implicaría un claro abuso del derecho, en tanto la proporción del precio abonado y el reajuste de lo pendiente tornaría antifuncional y absoluto el derecho invocado por el vendedor y su dinamización excedería el marco de la equidad y justicia, vulnerando los principios de moral, buena fe y buenas costumbres" (CCiv. y Com. Morón, sala II, 06/12/2012, "Alfano, Mauricio D. c. Herederos de Melluso Catalina s/ cumplimiento de contrato", LLBA 2013 (feb.), 105, AR/JUR/68847/2012); "Si la escrituración del inmueble se frustró porque el vendedor se negó a que el notario interviniente le retuviera el adelanto del impuesto a las ganancias, pero al día siguiente presentó el formulario de la AFIP que permitía la exención de la retención, resulta abusivo el ejercicio del pacto comisorio por parte del comprador, pues si bien medió un incumplimiento de la parte vendedora, esta ratificó su voluntad de otorgamiento de la escritura antes de que el actor notificara la resolución contractual" (CNCiv., sala M, 17/12/2009, "Carpintero, María de los Ángeles c. Sistemas de Encuadernación SA", AR/JUR/62789/2009).

(5) SCBA, 17/06/2009, "Sociedad Civil Barrio ATE III, IV, V, VI, VII v. Pagliero, Orlando M. s/ desalojo", TR LA-LEY 14/156113.

el cumplimiento y luego transforma su pretensión, reclamando la resolución del contrato. Por el contrario, si demandó la resolución no puede luego reclamar el cumplimiento.

Y si bien la extinción puede declararse extrajudicialmente o demandarse ante un juez [art. 1078, inc. b), Cód. Civ. y Com.], la diferencia estriba en que en la primera no se reclama judicialmente la resolución, sino que se busca obtener la satisfacción de sus consecuencias (restitución de las prestaciones, indemnizaciones, etc.) (6).

Esta facultad podrá ejercerse tanto con motivo de una facultad resolutoria expresa como de una implícita. Veamos las particularidades de cada una de ellas dado que en el caso anotado su diferenciación resultó un elemento clave para su resolución.

VI. Facultad resolutoria expresa

Las partes pueden prever expresamente en el contrato el pacto comisorio. En este caso, se trata de una cláusula accidental y la facultad de resolver es expresa.

El art. 1086 del Cód. Civ. y Com. dispone que las partes pueden pactar expresamente que la resolución se produzca en caso de incumplimiento genérico o específico debidamente identificado (7). Esto último es clave al momento de la ponderación efectuada por las partes o por terceros (v.gr., magistrado/a). La existencia de disposiciones ambiguas o imprecisas seguramente derivarán en conflictos de interpretación.

(6) En el caso anotado, si bien se incluyó la resolución en el objeto de la pretensión, la sentencia simplemente se limitó a ratificar la legalidad de la extinción unilateral. Cuestión que, en rigor de verdad, ya había operado en el ámbito privado extrajudicial.

(7) "Dado que el fundamento del pacto comisorio expreso reside en la autonomía de la voluntad y en la fuerza obligatoria del contrato, las partes pueden libremente convenir las modalidades a las que lo someten —en el caso, estableciendo que la mora en el cumplimiento de la obligación se produciría de pleno derecho—, de modo que habiendo fenecido el plazo estipulado por las partes es legítimo el ejercicio de la potestad contractual de tener por resuelto el vínculo contractual" (CNCiv., sala A, 26/11/2008, "Sader, Estela M. c. Gómez Ortúzar, María Cristina", AR/JUR/16230/2008).

En este supuesto, la resolución surte efectos a partir de que la parte interesada comunica a la incumplidora en forma fehaciente su voluntad de resolver.

La diferencia con el pacto comisorio tácito es que, si el pacto no hubiere sido previsto en el contrato, este igualmente puede resolverse, pero la parte interesada en la resolución debe darle al deudor una última oportunidad de cumplir, previa interpelación.

Si el pacto fuera expreso, el cumplidor se limita a comunicar su voluntad de resolver.

La interpelación nos introduce al problema de su forma (v.gr., escrito o verbal, por medio fehaciente o no, etc.) y oportunidad (inmediatamente o aún luego de un tiempo prolongado).

Sobre lo primero, no cabe duda de que ella deberá hacerse en forma fehaciente (art. 1086 *in fine*), cuestión debatible ante comunicación verbal. Incluso con la utilización masiva de medios de comunicación electrónica (v.gr., correo electrónico, mensajería instantánea telefónica, vínculo de videollamada, etc.) la cuestión se complejiza aún más.

Con respecto a su oportunidad, la ley no establece tiempo de caducidad para el ejercicio del derecho de declarar resuelto el contrato. Sin embargo, la contemporaneidad resulta un elemento esencial para convalidar —o no— el incumplimiento de la contraria.

Dicho componente es central en el caso analizado dado que la comunicación resolutoria se libró luego de transcurrido un año del incumplimiento. En tal caso, cabe preguntarnos si se revalida —automáticamente— el incumplimiento de la contraria. Volveremos luego sobre el punto.

VII. La cláusula comisorio implícita

La facultad resolutoria implícita permite resolver un contrato aun cuando no haya sido prevista expresamente en él.

En este supuesto la cláusula resolutoria es un elemento natural de los contratos bilaterales por

la cual cualquiera de ellas puede exigir la resolución ante el incumplimiento de la otra (8).

Recordemos que hasta la reforma de la ley 17.711 solo se podía pedir el cumplimiento del contrato si no se había establecido de manera expresa el pacto comisorio. Luego de ello y en nuestros días, en los contratos con prestaciones recíprocas o bilaterales se entiende implícita la facultad de resolver el contrato ante incumplimiento.

Del juego de los arts. 1083, 1087 y 1088 resulta que la parte cumplidora tiene la facultad de resolver —total o parcialmente— el contrato si la otra parte lo incumple, siendo implícita la facultad al efecto.

Sus presupuestos de resolución resultan: i) la mora, ii) el incumplimiento grave y iii) la intimación por quince días; operando luego la resolución de pleno derecho.

El cumplidor tiene la opción de inclinarse entre el cumplimiento y la resolución, en tanto quien demanda el cumplimiento puede requerir luego la resolución.

El requerimiento no es necesario si: i) ha vencido un plazo esencial para el cumplimiento (9) [inc. c) del art. 1088], ii) si la incumplidora manifestó su decisión de no cumplir o iii) si el cumplimiento resulta imposible. En tal caso, la resolución total o parcial del contrato se produce cuando el cumplidor la declara y la comunicación es recibida por la otra parte.

Si el plazo del cumplimiento fue esencial, es lógico que el requerimiento de pago carece de

(8) "Si bien la naturaleza jurídica del pacto comisorio expreso y del tácito es la misma, así como también lo son —en general— los requisitos para su ejercicio, en el expreso la resolución extrajudicial sólo requiere la manifestación del ejercicio de la facultad resolutoria y la comunicación de tal decisión en forma fehaciente, mientras que en el caso del tácito, el art. 1204 del Código Civil exige una previa interpelación con el otorgamiento de un plazo de gracia para el cumplimiento de las prestaciones adeudadas y bajo apercibimiento de resolución" (CNCom., sala D, 23/04/2008, "Stefanides, Demóstenes c. Sistemas Berjerman SA", JA 2008-III, 92, AR/JUR/7956/2008).

(9) En el caso anotado, bien podría resultar la falta de entrega del uso y goce pacífico del inmueble a favor del arrendatario.

sentido y el acreedor podrá reclamar los daños y perjuicios. Precisamente ello sucedió en el caso apuntado.

Del mismo modo, ante negativa de pago por cualquier motivo, no será necesario esperar los quince días de intimación dándose por resuelto el contrato desde la recepción de la comunicación del deudor.

Así las cosas, la interpelación debe ser indudable, fehaciente y haberse efectivamente recibido por el incumplidor, con más el apercibimiento de resolución de persistir el incumplimiento (10).

Nuevamente aquí se formulan similares observaciones, realizadas anteriormente respecto de la forma y oportunidad de la interpelación.

VIII. Incumplimiento

El incumplimiento constituye la circunstancia fáctica que habilita el ejercicio de la facultad resolutoria.

Puede ser total o parcial, pero en todo caso debe revestir cierta gravedad (arts. 1088, inc. a, y 1084).

La doctrina diferencia entre el incumplimiento absoluto y el incumplimiento irregular, anormal o relativo.

(10) "La carta-documento mediante la cual el concedente intimó al distribuidor a pagar cierta suma de dinero bajo apercibimiento de iniciar acciones legales no configura el requerimiento exigido en los arts. 1204 del Código Civil y 216 del Código de Comercio para que se produzca por pacto comisorio tácito la resolución del contrato de distribución de plazo indeterminado, pues aun cuando no se requieren fórmulas sacramentales para su comunicación, en el caso se configuró una simple exigencia de pago y no una conminación con efecto resolutorio ante su incumplimiento" (CNCom., sala D, 20/08/2013, "Buenos Aires Alimentos SA c. Molinos Río de la Plata S.A. s/ordinario", AR/JUR/60664/2013); "Si bien el segundo párrafo del art. 1204 del Código Civil no establece requisito alguno de forma en cuanto a la interpelación, mediante la aplicación de lo establecido en el tercer párrafo para el pacto comisorio expreso, se llega a la conclusión que debe hacérsela por un medio fehaciente, y por tratarse de una declaración recepticia, su validez requiere la efectiva recepción por el destinatario" (CNCiv., sala A, 15/10/2010, "Brogno, Miguel Á. c. Cimientos Group SRL", LA LEY 2011-A, 224, AR/JUR/71350/2010).

También el incumplimiento puede escapar a la imputabilidad del sujeto obligado en razón del caso fortuito o fuerza mayor, quebrando el nexo causal entre el hecho y perjuicio.

Además, el perjuicio debe preceder de una valoración que lo juzgue como grave y significativo.

IX. Efectos del pacto comisorio

Operada la resolución, los efectos se retrotraen entre las partes, no afectando derechos adquiridos por terceros en tanto lo hayan sido (i) a título oneroso y (ii) de buena fe (inc. b art. 1079, Cód. Civ. y Com.).

En tal caso, las partes deben restituirse lo que han recibido en ocasión del contrato y en la medida que corresponda (art. 1080 Cód. Civ. y Com.).

La restitución debe ser recíproca y simultánea, adquiriendo firmeza las prestaciones cumplidas. Producen sus efectos en cuanto resulten equivalentes si son divisibles y han sido recibidas sin reserva respecto del efecto cancelatorio de la obligación.

Para estimar el valor de las restituciones se tomará en cuenta las ventajas que resulten de no haber efectuado la propia prestación, su utilidad frustrada u otro daño ocasionado.

La restitución deberá realizarse según los principios de las obligaciones de dar (arts. 759, 760 y 761 Cód. Civ. y Com.).

Al mismo tiempo de la resolución podrá demandarse la indemnización de daños y perjuicios [art. 1078, inc. e), Cód. Civ. y Com.], incluyéndose en la reparación el reembolso de los gastos generados por la celebración, así como la cláusula penal con los alcances del art. 790 (conf. art. 1082, Cód. Civ. y Com.).

X. El pacto comisorio en los diferentes contratos y en el arrendamiento rural

Como vimos la cláusula resolutoria se aplica a la totalidad de los contratos.

Se ha resuelto que se entiende implícita en los contratos con prestaciones correlativas [v.gr.,

locación (11), concesión, obra y servicios (12)] y en general en los de tracto sucesivo (13). De igual modo en la compraventa se la juzgó aplicable (14).

Una de las discusiones que frecuentemente se aprecian en el régimen agrario es la aplicabilidad implícita del pacto comisorio en el arrendamiento rural. Ello en atención a la inexistencia de norma específica contemplada en la ley 13.246.

Las dudas se esclarecen al interpretar armónicamente el art. 41 —de dicha normativa— con lo dispuesto en el Cód. Civ. y Com. De ello se impone una prelación interpretativa según i) la ley especial, ii) el convenio de partes, iii) las normas relativas a la locación del Código Civil y Comercial y iv) los usos y costumbres.

Planteada la cuestión en el fallo apuntado, con contundencia se dispuso que “en virtud de lo dispuesto por el art. 1077 del ordenamiento de fondo, entiendo que el proceder de la arrendataria fue ajustado a derecho, ya que si bien es cierto que la resolución unilateral del contrato no se encuentra prevista de modo expreso en el instrumento suscripto por las partes en fecha 23/11/2015 ni en la ley 13.246, la misma surge de la aplicación supletoria que de las normas de la locación manda a hacer el art. 41 de la ley de arrendamientos rurales y aparcerías”.

(11) CNCiv., sala J, 20/10/2010, "Ocampos, Nélida A. c. Beretta, Eduardo A. y otros", AR/JUR/65149/2010.

(12) CCiv. Com. Mar del Plata, sala II, 13/03/2015, "Martin, Lina G. c. Aranda, Julia E. s/ resolución de contratos civiles y comerciales", AR/JUR/4131/2015.

(13) C. 8ª Civ. y Com. Córdoba, 04/07/2013, "Ramaccioni, Leonardo L. c. Galeno Argentina SA s/ abreviado - otros - recurso de apelación", AR/JUR/48394/2013.

(14) "Tratándose de un contrato de compraventa de acciones debe considerarse no ajustada a derecho la decisión resolutoria tomada por los vendedores ante el incumplimiento de los adquirentes respecto de la cancelación total del precio en tanto se acreditó que no habían cumplido con las obligaciones asumidas como previas al pago —en el caso, procurar que un buque de propiedad de la sociedad se encontrara en condiciones de navegar—, máxime cuando tampoco cumplieron con la exigencia de otorgar el plazo establecido por el art. 216 del Cód. Comercio para que aquellos cumplieran sus compromisos" (CNCCom., sala E, AR/JUR/88002/2010, "Iglesias, Luis M. y otros c. Di Giunta, Eduardo E. y otros").

Por tanto, la cláusula resolutoria en los arrendamientos, aún sin estipulación expresa, deviene aplicable en tanto “la intimación previa al deudor (en este caso el locador) del art. 1088, inc. c), deviene en innecesaria o inconducente”.

XI. El incumplimiento en el caso de autos

La denuncia efectuada en el caso comentado resultó la falta de entrega —efectiva y pacífica— del uso y goce del inmueble arrendado, resultando terceros ocupantes de las tierras locadas quienes se encontraban usufructuándolas.

Indudable resulta examinar si el arrendatario conocía o no la ocupación preexistente por terceros.

En otras palabras, ¿el arrendatario pudo alegar incumplimiento contractual del arrendador por la falta de entrega del inmueble locado a sabiendas de la ocupación de tierras por terceros?

Nótese que, en el caso de locación de inmueble urbano, la ocupación por tercero resulta un hecho de público y notorio.

Ante el supuesto de arrendamiento rural, si bien la ocupación puede demandar algún examen adicional, tampoco se aprecia complicación para justificar la cláusula resolutoria.

Si bien el fallo no repara en detalles, encontramos dos elementos trascendentes no tratados en él y de suma utilidad.

El primero con relación al tiempo transcurrido entre la celebración del contrato y la denuncia de la cláusula resolutoria (luego de un año de su celebración).

Ello nos invita a reflexionar si resulta razonable que quien se hace acreedor de los derechos de uso y goce de un inmueble rural permita el transcurso de un plazo tan prolongado previo a la invocación de la extinción contractual.

A todas luces, la prolongación de plazo y las cargas que ello conlleva en el régimen agrario (elevado costo de alquiler) nos conducirían por la respuesta negativa.

Sin embargo, no podemos desconocer la circunstancia especial de pago anticipado de cá-

nones efectuada por el arrendatario. Si bien del fallo no se describe el período cubierto por el anticipo (uno, tres o seis meses), resulta un elemento destacable que quien abonó anticipadamente alquileres resista un mayor tiempo en la búsqueda del cumplimiento de la prestación de su cocontratante.

Por otra parte, también cabe indagar si el arrendatario contó o no con los demás derechos para ejercer las acciones dominiales sobre el inmueble cedido en uso y goce (v.gr., desalojo).

Desde luego que su ejercicio no resulta una obligación natural a cargo del arrendatario, como sí se encontraría facultado el propietario/arrendador. Sin embargo, cabe considerar si pudo —o no— demandar el desahucio, así como los posibles perjuicios invocados.

Nótese que si bien el locatario posee legitimación activa al respecto (15), ella se circunscribe al previo y efectivo uso y goce del inmueble locado, por parte del arrendatario, quien cede en locación (sublocación o cesión) a tercero.

En efecto, quien no tuvo la tradición ni se le entregó la posesión del bien mal puede invocar los beneficios de la acción especial de desalojo (16).

Lo que no encuentra discusión —en el caso— resulta la esencialidad de la prestación adeudada por el arrendador: entrega del uso y goce del inmueble locado.

(15) "El reconocimiento por parte del inquilino de la condición de locador del actor, aunque no la de propietario que también invocara, es suficiente para demandar el desalojo por haber vencido el plazo del arrendamiento" (CCiv. y Com. Bell Ville, 18/02/1999, "Bianchi, Berta A. c. Betucci, Alejandro y otra", AR/JUR/557/1999).

(16) Interpretando de forma extensiva al supuesto del tercer adquirente del inmueble se ha dicho: "El adquirente de un inmueble no se encuentra legitimado para demandar el desalojo de los supuestos intrusos que se encontraban en la propiedad, aun cuando contara con una escritura pública otorgada a su favor, si se acreditó que ni él ni sus antecesores en la titularidad registral recibieron la tradición ni entraron de hecho en la posesión del bien, mientras que los accionados probaron que nunca se desprendieron de aquella" (C. Circuito Rosario, 19/05/2009, "Cintioli, Darío C. c. Ocupantes - inquilinos y/o subinquilinos s/ desalojo", AR/JUR/21293/2009).

Al decir del fallo y con fundamento en los arts. 1084, 1200 y 1201, "resulta evidente que el otorgamiento del uso y goce de la cosa arrendada conforme al destino acordado y el mantenimiento del locatario en la tenencia de la misma, resulta una obligación esencial del arrendante o locador, cuyo incumplimiento tiene la entidad suficiente para justificar la resolución del contrato".

Finalmente, declarado extinguido el contrato por decisión unilateral, consideró la sentencia los perjuicios acontecidos al arrendatario.

XII. Las consecuencias patrimoniales y extra-patrimoniales de la resolución del contrato

Se demandó y concedió el daño material por los cánones anticipados con fundamento en el art. 1080 del Cód. Civ. y Com., con más los intereses correspondientes.

En cuanto al reclamo por lucro cesante y pérdida de chance, ante la falta de prueba asertiva y concreta sobre la frustración o expectativas de ganancias de las que se vio privado el damnificado, como consecuencia del evento dañoso sobre una base real y concreta y no sobre una pérdida hipotética o conjetural, se rechazó el reclamo.

Diferente suerte siguió el reclamo de daño extrapatrimonial como consecuencia del incumplimiento contractual de la demandada y el haber visto frustrado su proyecto de convertirse en productora agrícola.

Se valoró que "la gravedad del incumplimiento de la demandada resulta trascendental al momento de meritarse la admisibilidad del rubro bajo examen, ya que —como se dijo— no se trató de la no prestación de una cuestión accesorio o accidental dentro del acuerdo suscripto entre las partes, sino de la principal obligación del locador".

Se resalta finalmente, como elemento agravante de su responsabilidad y fundante del daño moral, la falta de colaboración contractual del

arrendador al garantizar el pleno cumplimiento del arriendo (17).

Dicha actitud esquivada "tuvo la entidad suficiente como para generar aflicciones en la personalidad de la actora que justifican el reconocimiento del daño extrapatrimonial pretendido".

XIII. Cierre

En el régimen del arrendamiento rural es aplicable la cláusula resolutoria implícita. La gravedad del incumplimiento de las partes, permiten su invocación. En el caso lo fue, desde el comienzo del vínculo contractual, la imposibilidad de uso pleno y pacífico del inmueble objeto del contrato. Ello en tanto las partes sean de ca-

(17) Se indicó en el fallo: "A lo que cabe agregar que, denunciada por la actora la ocupación por parte de terceras personas del lote que le fuera dado en arrendamiento por parte de la administración de la Finca 'El Pongo', no se encuentra probado que la demandada efectuara actuación alguna para garantizar el uso y goce pacífico del predio arrendado a la Sra. Trujillo".

rácter privado o público, salvo pacto en sentido contrario.

Su invocación se funda en la remisión que el art. 41 de la ley 13.246 realiza al régimen general civil y comercial, así como por disposiciones similares que de la normativa específica se pueden derivar (v.gr., subarriendo no autorizado conforme al art. 7º, ley 13.246).

En efecto, la propia ley (art. 19) faculta al arrendador, ante incumplimientos de obligaciones esenciales, a solicitar la ejecución del pacto incumplido o demandar rescisión del contrato con más los daños devengados.

Entendemos que, de igual modo y con invocación en la normativa civil y comercial, ante incumplimiento de obligación esencial y según el objeto del contrato, el arrendatario se encontraría habilitado a demandar el cumplimiento o resolución contractual.

Invocó a tal efecto la cláusula resolutoria implícita, en tanto se acrediten sus presupuestos.

DERECHOS REALES

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

DERECHO REAL DE HABITACIÓN DEL CÓNYUGE SUPÉRSTITE

Alcances. Requisitos. Emplazamiento a los herederos. Inaplicabilidad. Fijación de canon locativo.

Con nota de María Florencia Franchini

1. — La configuración del derecho real de habitación del cónyuge supérstite dispuesto por el art. 3573 bis del Cód. Civil no fue invocado con antelación al reclamo, siendo que no existe petición alguna formulada en el sucesorio del causante en el sentido propugnado por la aquí demandada al contestar la acción.
2. — Al haber invocado la aplicación del derecho real de habitación del cónyuge supérstite dispuesto por el art. 3573 bis del Cód. Civil a mero modo defensivo ante la pretensión de la fijación de un canon locativo, la demandada ha omitido el emplazamiento de los restantes coherederos. Es que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite incorporado a nuestro ordenamiento de fondo por la ley 20.798, no queda constituido *ipso jure* con la muerte del causante, no obstante ser concedido *ministerio legis*. Es menester que se oponga por el sobreviviente a coherederos, legatarios y terceros interesados, lo que, en principio, debe efectuarse en el juicio sucesorio.
3. — La demandada no puede ampararse en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, en tanto el riesgo que pretendió mitigar el legislador con la norma ciertamente no se presenta en el particular, ello en tanto los bienes que integran el patrimonio de la demandada resultan por demás suficientes a efectos de evitar la eventual situación de desamparo que motivó el art. 3573 bis del Cód. Civil.
4. — El uso y goce de las cosas comunes pertenece por igual a todos los comuneros, la privación que unos sufren en beneficio de otros puede ser compensada en dinero, mediante la fijación de un canon locativo a favor de un coheredero por el uso exclusivo que otros sucesores realizan de un bien integrante del acervo hereditario. Es procedente la pretensión de uno de los coherederos que no aprovecha el bien común para que le sea indemnizada dicha falta de uso cuando la propiedad es utilizada exclusivamente por otro comunero, pues dicha pretensión se sustenta en una circunstancia objetiva, como lo es el goce del inmueble por uno de los coherederos.

CNCiv., sala C, 06/10/2021. - Zalazar, Gabriela Patricia c. Arzaluz, Silvia Adela s/ fijación y/o cobro de valor locativo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/154044/2021]

COSTAS

Se imponen en el orden causado.

INTERESES

Se aplica la tasa del 8% anual.

Expte. n° CIV 046386/2015/CA001

Buenos Aires, 6 de octubre de 2021.

¿Se ajusta a derecho la sentencia apelada?

El doctor *Díaz Solimine* dijo:

I.- Se agravia la parte actora mediante presentación efectuada por vía electrónica frente al rechazo de la pretensión consistente en la fijación y cobro de un canon locativo por la ocupación del inmueble ubicado en la calle República Árabe Siria ..., piso ..., departamento ..., requiriendo se revoque el fallo en crisis.

La demandada Silvia Adela Arzalluz contestó en su oportunidad el traslado conferido respecto de los agravios vertidos y solicitó su íntegra desestimación; encontrándose asimismo agregado el dictamen del Sr. Fiscal de Cámara.

II.- Es menester señalar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, sino tan sólo aquéllas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso (conf. CSJN, "Fallos": 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 276:132, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros; Fassi Yañez, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado, Anotado y Concordado", T° I, p. 825; Fenocchiato Arazi, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Comentado y Anotado", T° 1, p. 620).

En sentido análogo, tampoco es obligación del juzgador ponderar todas las pruebas agregadas, sino únicamente las que estime apropiadas para resolver el conflicto (art. 386, in fine, del CPCC; CSJN, "Fallos": 274:113; 280:3201; 144:611).

Por otro lado, estimo pertinente recordar que el obrar jurisdiccional del tribunal opera con sujeción al principio de congruencia, existiendo una serie de campos de actividad de los que no puede exceder el

tribunal *ad quem*, limitación que —entre otros aspectos— resulta ser absoluta en tanto no puede conocer sino en la medida de los agravios planteados; ni respecto de las cuestiones que no fueron puestas a consideración del a quo; hallándose asimismo vedada la reforma de la resolución apelada en perjuicio del recurrente, salvo que medie recurso de la contraparte. Sentado ello, no cabe considerar por la Alzada cuestiones consentidas, entendiéndose por tales las que no fueron apeladas o que, apeladas dentro de un contexto mayor de impugnación, no fueron referidas en la expresión de agravios (Rivas, Adolfo A., Tratado de los recursos ordinarios, T° 2, p. 841/854, Abaco, 1991).

En efecto, el Tribunal de Alzada no realiza un nuevo juicio, sino que se encuentra más limitado que el de primera instancia, por cuanto de conformidad con lo dispuesto por los arts. 271 y 277 del Código Procesal debe limitarse a decidir sobre aquellas cuestiones de hecho y derecho que hubieran sido sometidas a la decisión del magistrado interviniente, debido a que la segunda instancia es sólo un medio de revisión del pronunciamiento emitido en la primera y no una renovación plena del debate. Así, el principio de congruencia, que limitó la sentencia de primera instancia, limitará del mismo modo la de la segunda (CN-Civ., Sala “F”, LL 35-858-S).

Dicho ello, me avocaré al estudio del particular efectuando ante todo una síntesis de las posturas procesales adoptadas por las partes a efectos de ilustrar el panorama frente al cual nos encontramos.

III.- Mediante la promoción de la presente demanda Gabriela Patricia Zalazar pretende la fijación y cobro de canon locativo por la ocupación que la demandada realiza respecto del inmueble sito en República Árabe Siria ..., piso ..., departamento ..., de esta ciudad.

Detalló la actora en su libelo inicial que el inmueble y los bienes muebles allí existentes integran el acervo en autos “Zalazar César Héctor s/Sucesión Ab-Intestato”, en los que ha sido declarada heredera al igual que la demandada, quien fuera la cónyuge de su padre.

En este punto expuso que los bienes revisten el carácter de propios, siendo que la proporción que le corresponde equivale a una sexta parte.

Afirmó que el inmueble fue sede del hogar conyugal de su padre César Héctor Zalazar y de la aquí accionada Silvia Adela Arzalluz hasta el momento de su separación de hecho.

Posteriormente realizó distintas consideraciones en relación a la capacidad económica de la empla-

zada, refiriendo que es accionista —junto con su hijo César Zalazar— y presidente de Futura S.A., sociedad titular de 248 hectáreas, 75 áreas y de 252 hectáreas, 6 áreas y 17 centiáreas de campo en la localidad de Bovril, La Paz, provincia de Entre Ríos.

Agregó que la accionada es además propietaria de 252 hectáreas, 66 áreas y 86 centiáreas de campo en la misma localidad, en las que se encuentra emplazada una casa de 107 metros cuadrados cubiertos, 9 metros cuadrados de galería y un galpón de 250 metros cuadrados; resultando también titular de al menos el 40% indiviso del inmueble sito en Lafinur ..., piso ..., U.F. ..., de esta Ciudad.

Sostuvo en su demanda que en el supuesto de autos no resulta de aplicación el derecho real de habitación previsto por el art. 3573 bis del Código Civil y planteó la inconstitucionalidad de dicha norma.

En este sentido, afirmó que al momento de su fallecimiento su padre se encontraba separado de hecho de la aquí accionada y vivía en la casa del campo ubicado en la localidad de Bovril; siendo además que la demandada posee un cuantioso patrimonio y goza de una cómoda posición económica.

En oportunidad de contestar la demanda entablada y luego de efectuar las negativas de estilo Silvia Adela Arzalluz refirió como cierto que el inmueble objeto de autos integra el acervo de la sucesión de César Héctor Zalazar, de quien las partes resultan herederas.

Negó la separación de hecho alegada en la demanda y sostuvo que si bien es cierto que posee la mayor proporción del campo mencionado, éste no genera una renta que le posibilite un desahogo económico o le asegure cubrir los gastos normales y abonar un alquiler.

Reseñó que la parte agrícola del campo fue arrendada para las campañas 2013/2014 y 2014/2015 pero que no fue posible encontrar quien quisiera arrendarlo en el año 2015, detallando los ingresos y gastos de la propiedad.

En relación al inmueble ubicado en Lafinur ..., U.F. ..., refirió como cierto ser propietaria del 40% e indicó que el 60% restante pertenecía a su fallecida madre, de quien resulta heredera junto con sus dos hermanos. Asentó que el inmueble se encontraba alquilado y detalló los ingresos y gastos que arroja.

Posteriormente la emplazada efectuó un detalle de su situación económica, aseverando que sus ingresos le resultan insuficientes para cubrir gastos, tasas e impuestos y plasmando las distintas deudas que afirmó poseer.

Sostuvo en virtud de lo expuesto en su contestación que su situación encuadra dentro de los parámetros exigidos por el art. 3573 bis del Código Civil.

IV.- Tal como lo señalara el magistrado de grado y toda vez que la situación de la cónyuge supérstite queda consolidada al momento del fallecimiento del causante, el derecho real alegado por la aquí emplazada debe ser juzgado con arreglo a la ley vigente a esa época, resultando en consecuencia de aplicación al presente la normativa del Código Civil vigente a la fecha del fallecimiento de César Héctor Zalazar (15/5/05).

En efecto, debe recordarse que el momento de la muerte del causante causa de pleno derecho la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley, de modo que la legislación vigente a tal fecha regula las relaciones jurídicas emanadas de dicho suceso, incluso los derechos y obligaciones entre los coherederos que nacen con motivo del deceso del causante. Por ese motivo el art. 2383 del nuevo código no se aplica a los casos en que el de cujus falleció con anterioridad a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación (Kemelmajer de Carlucci, Aída, La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 166/167; vid. asimismo Roubier, Paul, *Le droit transitoire*, Dalloz, París, 2008, p. 187).

En el mismo sentido se ha dicho que según el art. 2644 del Código Civil y Comercial de la Nación la sucesión por causa de muerte se rige por el derecho del domicilio del causante al tiempo de su fallecimiento, de lo que se sigue que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite se rige por la ley vigente al momento de la apertura de la sucesión (Olmo, Juan Pablo, “Derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LLO AR/DOC/3855/2014; CNCiv., Sala A, in re “O.R.J. s/Fijación y/o cobro de valor locativo”, n° 24.435/11, 3/11/17).

V.- Luego de rechazar el planteo de inconstitucionalidad introducido y de efectuar un prolijo análisis de los presupuestos de aplicación de la figura, el aquí entendió que se hallaban reunidos los requisitos para que proceda el derecho de habitación reconocido por el 3573 bis del Código Civil, desestimando en consecuencia la demanda impetrada.

Plantea su disconformidad la accionante fundando en lo sustancial su agravio en la capacidad económica de la demandada y en la alegada improcedente aplicación del derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el caso de autos.

Frente a las distintas posturas plasmadas asentare en primer término que no se encuentra discutido en esta instancia que la demandada ocupa con carácter exclusivo el inmueble sito en la calle República Árabe Siria ..., piso ..., departamento ..., de esta ciudad, el cual integra el acervo hereditario del sucesorio de César Héctor Zalazar, quien fuera padre de la actora y cónyuge de la accionada.

Ahora bien, sin perjuicio de coincidir en las consideraciones expuestas por mi colega de grado en relación a la figura prevista en el art. 3573 bis del Código Civil y de advertir un prolijo análisis de sus presupuestos de procedencia, he de adelantar en este estado que no comparto la solución arribada.

Ello por cuanto advierto en primer término que la configuración del supuesto previsto por la norma citada no habría sido invocada con antelación al presente reclamo, siendo que no existe petición alguna formulada en el sucesorio de César Héctor Zalazar en el sentido propugnado por la aquí demandada al contestar la acción.

Dicho extremo se torna relevante en tanto de la lectura de los autos “Zalazar César Héctor s/Sucesión Ab-Intestato” se desprende que fueron declarados únicos y universales herederos del causante sus hijos Mariana Carmen, Silvana Estela, Gabriela Patricia, Amaya Silvia y César Zalazar, y su cónyuge Silvia Adela Arzalluz.

En este sentido, no puedo obviar que al haber invocado la aplicación de dicho precepto a mero modo defensivo ante la pretensión plasmada en las presentes, la demandada ha omitido el emplazamiento de los restantes coherederos, lo que a mi entender sella sin más la suerte de la defensa esbozada, en tanto la fórmula establecida por el 3573 bis –de aplicación al caso de marras en orden a la fecha de fallecimiento del causante– requería de la sustanciación de la petición con la totalidad de los interesados.

Es que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite incorporado a nuestro ordenamiento de fondo por la ley 20.798, no queda constituido *ipso jure* con la muerte del causante, no obstante ser concedido ministerio legis. Es menester que se oponga por el sobreviviente a coherederos, legatarios y terceros interesados, lo que, en principio, debe efectuarse en el juicio sucesorio. La necesidad de invocación expresa nace de la circunstancia de tratarse de un derecho que depende de contingencias fácticas susceptibles de ser discutidas y, consecuentemente, acreditadas, pues el cónyuge puede o no hacer uso de él. Una vez reconocido judicialmente, y por tratarse de un derecho real sobre inmuebles, debe inscribirse en el Registro de la Propiedad Inmueble, por así disponerlo

los arts. 2505 del Código Civil y 2º, inc. a) de la ley 17.801 (conf. Zannoni, “Derecho de las Sucesiones”, Tº I, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1982, p. 631 y 646/647; Barrionuevo Heriberto N., “Derecho real de habitación del cónyuge”, LL 1977-A, 720/727; Mariani de Vidal, Marina, “Ley 20.798: Derecho Real de habitación del cónyuge sobreviviente”, LL 1976-C, 498/505; Musto, Néstor Jorge, “Derechos Reales”, Tº III, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 1995, p. 343, Gowland, Alberto Jorge, “Sucesión - Derecho de habitación del cónyuge supérstite”, LL 1996-C, 1/5; Highton-Areán, “Código Civil...”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 2006, p. 732/733; CNCiv., Sala H, in re “Piñeiro c/Limonta”, del 25/4/96, LL, 1996-E, 562; íd., Sala K, in re “M., C. A. s/Suc.”, del 23/6/95, LL 1996-C;2; íd., Sala A, in re “Baamonde, A. L. s/Suc.”, del 31/3/87, LL 1987-E, 427).

En efecto, es precisa la invocación por parte del interesado realizada en tiempo oportuno, por tratarse de una norma de orden público, dependiente de instancia privada (conf. Molinario, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil”, en LL 1975-B, Secc. Doctrina, p. 1-52; Zannoni, Eduardo A., op. cit., p. 67). En el régimen derogado, pese a ser reconocido por ministerio de la ley, el derecho real de habitación no quedaba constituido *ipso iure* con la muerte del causante. La necesidad de invocación expresa surgía de la circunstancia de tratarse de un derecho que depende de circunstancias fácticas susceptibles de ser discutidas, argumento al que cabe agregar que se trata de una prerrogativa renunciable en forma expresa o tácita, a través de la ejecución de actos incompatibles con la aceptación del beneficio (conf. CNCiv., Sala G, del 10/12/80, LL 1981-B, p. 213; cit. en CNCiv., Sala M, in re “Papini F.J. c/Papini A.F y otro s/Fijación y/o cobro de valor locativo”, 21/5/18).

Ello así y en virtud de garantizar el principio de bilateralidad o de controversia que deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (C.N., art. 18), no podría más que concluirse en que la decisión adoptada en torno a la procedencia del instituto en cuestión ha sido cuanto menos prematura, siendo a mi entender que ante la falta de planteo en debida forma no podría tenerse por configurado el derecho real en el cual se fundara la defensa de la emplazada.

Sin perjuicio de que lo plasmado bastaría a efectos de desestimar el planteo de la demandada, estimo frente a las particularidades del caso de marras y del instituto en cuestión que corresponde efectuar ciertas consideraciones en torno a su aplicación, sobre todo en orden al progreso plasmado en el Código Civil y Comercial en relación al derecho real de habitación del cónyuge supérstite, el cual –entre otros aspectos y avances– se tiene ahora de pleno derecho de produ-

cirse el fallecimiento del causante en una fecha posterior a su entrada en vigencia.

Es que si bien y tal como se asentara previamente el Código Civil y Comercial no resulta aplicable a la especie, el mismo reviste el carácter de pauta interpretativa de las normas que rigen en el caso (en este sentido CNCiv., Sala A, “A. A. R. c/G. A. M. s/Daños y perjuicios”, 28/10/2015, LL, RCCyC 2016 (abril), 150, LLO AR/JUR/63674/2015) pues recepta el criterio doctrinario y jurisprudencial mayoritario.

Así las cosas, sólo a mayor abundamiento y a efectos de evitar cualquier tipo de controversia posterior, estimo apropiado asentar que, incluso de haberse planteado en debida forma, entiendo que en el caso de marras la demandada no puede ampararse en el instituto en análisis, en tanto el riesgo que pretendió mitigar el legislador con la norma ciertamente no se presenta en el particular.

Debe señalarse que con la prerrogativa legal invocada se pretende impedir que el cónyuge supérstite quede sin habitación al producirse el fallecimiento de su consorte en virtud de su concurrencia con otros herederos con quienes deba compartir el inmueble, los que en la mayoría de los casos exigen la venta del mismo para percibir su legítima o alícuota, o bien para pagar las costas, quedando el cónyuge supérstite sin habitación (conf. Zannoni, Eduardo, “Derechos de las Sucesiones”, Tº I, Astrea, p. 648). El instituto en análisis ha sido diseñado para preservar a la viuda del eventual riesgo de la privación de su vivienda única, en caso de concurrencia con el interés de otros herederos, sobre el mismo patrimonio relicto (CNCiv., Sala A, in re “Orteu, R. J. s/Sucesión Ab-Intestato”, 14/11/12, LLO AR/JUR/81418/2012).

En las presentes y más allá de advertirse cierta deficiencia probatoria, estimo que la situación patrimonial de las partes intervinientes obliga a inclinarse por una hermenéutica más restringida del instituto en análisis.

Es que teniendo en consideración los reconocimientos efectuados por la emplazada en relación a los bienes individualizados en la demanda, el acervo hereditario del sucesorio de quien fuera su cónyuge y lo que se desprende tanto de las presentes actuaciones como de los vastos expedientes vinculados –en los que las fracciones de campo referidas en el libelo inicial han sido incluso objeto de litigio–, estimo que los bienes que integran el patrimonio de la demandada resultan por demás suficientes a efectos de evitar la eventual situación de desamparo que motivó la norma; conclusión a la que arribo incluso sin tener en cuenta la capacidad económica que la aquí accionada sostuvo poseer en oportunidad de contestar la

demanda entablada en los autos “Zalazar Silvana Estela y otros c/Futura Sociedad Anónima Agropecuaria y otros s/Simulación” (n° 9034/06).

El derecho real de habitación del cónyuge supérstite se confiere atendiendo a indiscutibles motivaciones asistenciales y la satisfacción del derecho involucra una carga legal impuesta a los herederos en su beneficio, independientemente de la cuota o porción que se le asigne en concurrencia con otros herederos (conf. Zannoni, “Derecho Civil - Derecho de las sucesiones”, I, p. 637 y sgtes.). Sin embargo, en aquellos casos en que el supérstite que reclama la asistencia posee un bien propio en el que puede habitar, acordarle el beneficio previsto por el art. 3573 bis del Código Civil resultaría injustificado, ya que no sería necesario el auxilio que se predica. Así fue que en las IV Jornadas Sanrafaelinas se recomendó no acordar el derecho de que se trata cuando el cónyuge supérstite posee a título propio otros bienes que le permitan satisfacer su necesidad de habitación (conf. Zannoni, ob. cit., I, p. 643; CNCiv., Sala B, 28/11/75, J. A., 1976-II-301 (el viudo poseía otro bien propio donde podía residir); íd., 9/11/78, J. A., 1979-II-síntesis, boletín del 2/5/79 (la viuda tenía entre sus bienes propios un inmueble habitable); cit. en CNCiv., Sala B, in re “Carcaño Noemí Susana c/Caparro Nélica García s/Incidente civil” n° 33904/12, 17/3/15).

Así, se ha establecido que no corresponde acordar el derecho de habitación gratuito y vitalicio contemplado en el art. 3573 bis del Código Civil al cónyuge que posee a título propio otros bienes que le permiten satisfacer sus necesidades de habitación, porque si bien el mencionado artículo no prevé esta situación, resultaría antifuncional acordar el derecho citado por la sola circunstancia de que ese bien literalmente no integra el acervo hereditario –en el caso, la cónyuge tenía un departamento propio– (CNCiv., Sala C, in re “Javam, Elías s/Sucesión”, 8/4/88, ED 128-624; cit. en Kemelmajer de Carlucci, Aida, Protección Jurídica de la vivienda familiar, Hammurabi, 1995, p. 326/327).

Si bien se advierte que en el caso de marras no se ha constatado que la emplazada sea titular exclusiva de un inmueble habitable en la ciudad en que reside, estimo en orden al volumen de su patrimonio que los parámetros apuntados resultan de aplicación al presente.

Recuerdo así que estos conflictos deben resolverse a la luz de las pautas del abuso del derecho (art. 1071, Cód. Civil), ante la existencia notoria o manifiesta de otros bienes de gran valor, puede llegar a sostenerse razonablemente que la invocación del derecho real del cónyuge supérstite vulnera los fines tenidos en miras al otorgarlo (conf. Barbero, El derecho real de habitación del cónyuge supérstite, p. 23, n° 18; Borda,

G., Tratado de derecho civil. Sucesiones, 6° ed., t. I, n° 557-III; cit. en Kemelmajer de Carlucci, ob. cit., p. 327).

Repararé asimismo en las características del inmueble objeto de litis, el cual la demandada sostuvo que habitaba junto con su cónyuge y sus dos hijos, siendo su única ocupante en la actualidad.

El perito ingeniero civil designado en autos detalló que se trata de un departamento semipiso, al contrario, que consta de hall de ingreso, estar-comedor, hall interno de distribución, habitación de servicio, baño toilette, baño principal, tres dormitorios y balcón, con un mobiliario standard y una superficie cubierta total de 103,57 m2, además de un espacio de cochera.

En este punto, cabe recordar que el instituto bajo análisis se trata de un derecho real regido, en lo no previsto de manera singular por el art. 3573 bis del Código Civil, por las disposiciones pertinentes del mismo código (conf. CNCiv., Sala “D”, ED., 109-219 y sus citas). Por ello, se ha establecido que la exigencia legal de que la estimación del inmueble no sobrepase el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, debe examinarse en función de las modalidades propias del caso, habida cuenta que en cuanto aquí interesa el tope valorativo no existe en la actualidad a mérito de lo dispuesto por el art. 168 del decreto 2080/80. Por ende, en ausencia de previsión específica al respecto, corresponde remitir a las normas propias y reguladoras del derecho de habitación del Código Civil (Mariani de Vidal, “Ley 20.798: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente”, La Ley, 1976-C, 498; Barbero, op. y loc. cit. N° 42 y 43), de donde se concluye que la habitación se limita a las necesidades personales del habitador y su familia, según su condición social (art. 2953 del Código Civil).

Bajo este precepto, las características del inmueble objeto de autos permiten presumir que excede las necesidades de habitación de la accionada, quien según lo expusiera en su contestación vive sola en la actualidad.

Lo precedentemente plasmado no importa desconocer que el beneficio del art. 3573 bis del Código de Vélez no es simplemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias humanitarias y de carácter afectivo, cada vez más importantes a medida que avanza la edad del beneficiario.

Empero, entiendo que la situación patrimonial descripta y las características del inmueble tornan inaplicable la protección normativa pretendida por la accionada, máxime si tal como acaece en el presente

y a la luz de los extremos acreditados en los beneficios de litigar sin gastos conexos se halla en mejores condiciones que la coheredera accionante y alejada de la hipótesis de absoluta carencia de medios a la cual va dirigida la norma, con un evidente propósito asistencial.

Cabe aquí recordar que frente al derecho de la esposa ocupante, se halla el de los coherederos. No parece responder a la tésis del precepto en examen, el hecho de que estos últimos deban soportar un gravamen mayor del que legalmente corresponda (conf. CNCiv., Sala A, R. 541.146, del 4/11/09).

Por lo demás y ante las consideraciones plasmadas por la demandada en torno a la productividad de los distintos bienes que integran su patrimonio, no puedo dejar de observar que –más allá de la porción del valor que recibiría de efectuarse la división del inmueble que ocupa– en el eventual supuesto de tener que realizar alguno de sus bienes, la cónyuge supérstite contaría con un ingreso que le permitiría suplir holgadamente las dificultades alegadas y subvenir cómodamente a sus necesidades básicas.

Así las cosas y más allá del defecto señalado en el planteo de la cuestión, entiendo que se ha acreditado que de admitirse la configuración del derecho real de habitación previsto por el art. 3573 bis del Código Civil el principio rector que impera en la norma se encontraría sobrepasado, por lo que propondré al Acuerdo revocar el fallo apelado.

VI.- Sentado lo expuesto y siendo que la ocupación exclusiva del inmueble objeto de marras se halla reconocida por la emplazada, corresponderá en consecuencia admitir el reclamo impetrado en las presentes y fijar una compensación en favor de la actora por ese uso exclusivo.

Sabido es que el uso y goce de las cosas comunes pertenece por igual a todos los comuneros, la privación que unos sufren en beneficio de otros puede ser compensada en dinero, mediante la fijación de un canon locativo a favor de un coheredero por el uso exclusivo que otros sucesores realizan de un bien integrante del acervo hereditario. Es procedente la pretensión de uno de los coherederos que no aprovecha el bien común para que le sea indemnizada dicha falta de uso cuando la propiedad es utilizada exclusivamente por otro comunero, pues dicha pretensión se sustenta en una circunstancia objetiva, como lo es el goce del inmueble por uno de los coherederos. El coheredero que ocupa un inmueble de la sucesión durante el período de la división hereditaria lo hace a título de dueño y no de locatario, ejerciendo un derecho que corresponde por igual a los otros herederos, y corresponde resarcir el provecho

obtenido por el uso exclusivo del bien que realizó (conf. CNCiv., Sala “D”, in re “Aolita, José G. c/Aolita, Osvaldo R.”, La Ley 1999-D- 440; CNCiv., Sala C, in re “Andion María Fernanda c/Álvarez García M. A. s/ Fijación y/o cobro de valor locativo”, 28/2/19).

En efecto, como tal derecho corresponde igualmente a sus coherederos, por aplicación de las reglas del condominio corresponde fijar un valor a esa ocupación, aunque solo desde la fecha de la reclamación, pues por el período anterior se presume que hubo asentimiento tácito a la ocupación gratuita (Areán, Beatriz, comentario al art. 2684 en Bueres, Alberto J. (dir.) - Highton, Elena I. (coord.), Código Civil y leyes complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial, Hammurabi, Buenos Aires, 2004, t. 5 b, p. 82.; CNCiv., Sala J, “Amud, Lidia N. c. Amud, Abdo R.”, 29/10/1996, LLO, AR/JUR/3970/1996).

En cuanto al momento en que debe admitirse la petición, debe señalarse que si bien se reconoce el derecho de exigir una compensación por la utilización exclusiva del bien, la misma sólo es procedente desde la oportunidad en que se formula el reclamo.

Ahora bien, requiere la accionante en su agravio que el canon locativo sea fijado desde la fecha en que se cerró la instancia de mediación.

Conforme se desprende del acta acompañada a fs. 1, la audiencia de mediación tuvo por objeto, entre otros, la fijación y/o cobro de valor locativo del departamento sito en República Árabe Siria ..., encontrándose presentes ambas partes, junto con sus letrados.

En su mérito y toda vez que la pretensión de cobro ha sido comunicada sin hesitación en dicha oportunidad, entiendo que el reclamo deberá proceder a partir de la fecha plasmada en el acta (21 de abril de 2015). Por ello, a partir de ese momento, la accionada deberá abonar el canon locativo correspondiente, restando establecer el monto al que ascenderá.

En su oportunidad, el perito ingeniero civil detalló que el valor de la propiedad ascendía a U\$S320.000 incluyendo el espacio de la cochera y estimó el canon mensual de la propiedad desocupada en U\$S850, detallando que en el importe del canon no se incluyen expensas de mantenimiento, luz, gas, teléfono y ABL, según la modalidad de alquiler de este tipo de propiedades.

Frente a la impugnación formulada por la parte actora el idóneo sostuvo las conclusiones arribadas en su dictamen.

Debo recordar que el perito actúa como auxiliar de la justicia y contribuye con su saber y conciencia a esclarecer aquellos puntos que requieren conocimientos técnicos especiales. Su situación como técnico capacitado y persona honorable al servicio de la justicia hace razonable la aceptación del dictamen aún respecto de aquellos puntos en que expresa la opinión personal, siempre que tales afirmaciones obedezcan a elementos de juicio que el perito ha tenido en cuenta, pese a que no los haya expuesto con amplitud (conf. CNCiv., Sala K, in re “Martínez de Minetti c/Díaz Alfredo y otro”, 15/3/91, J.A. 1992-I).

Ello en tanto los jueces no somos, en principio, especialistas en ciencia alguna que no sea la aplicación del derecho y que por ello, en otras cuestiones técnicas, nos resulta necesario acudir a la prueba pericial. La experticia nos permite elaborar nuestra convicción. Pero ello bajo la óptica de los principios de la sana crítica, porque sino bastaría con someter la cuestión a un perito y adherir, sin más, a sus conclusiones.

Tal como lo señala Devis Echandía (Teoría General de la prueba judicial, T. II, p. 291) la peritación cumple una doble función: por un lado verifica hechos que requieren conocimientos especiales en un orden determinado y por otro, suministra reglas técnicas o científicas de la experiencia de los peritos, para formar la convicción del juez sobre los hechos e ilustrarla con la finalidad de que pueda apreciarlos correctamente (cit. en Varela, Casimiro, Valoración de la prueba, Astrea, p. 191).

Cuando el peritaje aparece fundado en principios técnicos y no existe prueba que lo desvirtúe, la sana crítica aconseja, frente a la imposibilidad de oponer argumentos científicos de mayor valor, aceptar las conclusiones de aquel (CNCiv., Sala H, in re “Del Valle, M. c/Torales J. s/Daños y perjuicios”, 29/9/97; id. Sala M, in re, “Paradela D. c/Malamud, D, s/Daños y perjuicios, 19/3/96).

Ello surge por lo demás del propio art. 477 del Código Procesal en tanto establece que la fuerza probatoria del dictamen pericial será estimada por el juez teniendo en cuenta la competencia del perito, los principios científicos o técnicos en que se funda, la concordancia de su aplicación con las reglas de la sana crítica y los demás elementos de convicción que ofrezca la causa.

En consecuencia, para apreciar sus dichos, o más precisamente para apartarse de sus conclusiones, “el juez debe demostrar que el dictamen se halla reñido con principios lógicos o máximas de experiencia, o que existen en el proceso elementos probatorios de mayor eficacia para provocar la convicción acerca de la verdad de los hechos controvertidos” (Arazi, Ro-

land, La prueba en el proceso civil, Ediciones La Roca, Buenos Aires, 1998, p. 405).

En esta inteligencia, aceptaré las conclusiones del perito interviniente en tanto considero que el dictamen está sustentado sobre sólidas bases científicas.

Ello así, puesto que la solvencia técnica que se desprende de cada profesión indica que la prueba pericial es la más adecuada, de ahí su importancia en algunos rubros. Su opinión es el fruto del examen objetivo de circunstancias de hecho, de aplicación de ellas a los principios científicos inherentes a la especialidad y de los razonamientos que siguen para dar respuesta a los temas sometidos a su dictamen (CNCiv, Sala B, 26/12/1997, in re “Grillo, Antonia N. c/Orsell, Jorge y otro s/Daños y perjuicios”).

En consecuencia, teniendo en consideración que la emplazada no ha formulado impugnación u observación alguna en relación a la moneda en que fuera estimado el canon por parte del perito y habida cuenta lo analizado, constancias y circunstancias del caso, conforme lo dispuso por el art. 165 del CPCC, a partir del día 21 de abril de 2015 la demandada deberá abonar un canon mensual por la ocupación del inmueble objeto de autos que se establece en la suma de U\$S141,66 por el 1/6 indiviso correspondiente a la accionante, por cada mes transcurrido y mientras permanezca en la esfera de su utilización exclusiva.

Sobre esa base habrá de llevarse a cabo la liquidación del quantum debido, difiriéndose dicha operación para la etapa de ejecución y sin perjuicio de la posibilidad de cancelar la obligación en pesos y del reajuste posterior que pudiese corresponder.

VII.- Intereses:

Atendiendo a que el reclamo ha prosperado en moneda extranjera y valorando las circunstancias particulares del conflicto traído a estudio, propondré al Acuerdo establecer una tasa del 8% anual, debiendo liquidarse los intereses a partir del vencimiento de cada canon locativo y hasta el momento del pago.

VIII.- Costas:

El artículo 68 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación consagra el principio rector en materia de costas, que encuentra su razón de ser en el hecho objetivo de la derrota.

Ahora bien, litigante vencido o perdidoso es “aquel en contra del cual se declara el derecho o se dicta la decisión judicial” (conf. Fenochietto -Arazi, “Código Procesal Civil y Comercial de la Nación...”, T. 1, Ed. Astrea, p. 285), siendo que a efectos de la imposición de costas, la parte vencida es aquella que obtiene un pro-

nunciamiento judicial adverso a la posición jurídica que asumió en el proceso.

El art. 68, parte 2ª del Cód. Procesal faculta la exención de costas al vencido siempre que el juzgador encuentre mérito para ello. La jurisprudencia tradicional alude, como causa genérica que autoriza el apartamiento del principio que manda imponer las costas a quien ve rechazada su pretensión, a la existencia de “razón fundada” para litigar. Esta fórmula está dotada de suficiente elasticidad como para resultar aplicable cuando, por las particularidades del caso, cabe considerar que la parte perdedora actuó sobre la base de una convicción razonable acerca del derecho pretendido en el pleito o incidencia (Conf. Palacio Lino Enrique, “Derecho Procesal Civil” Tomo III, p. 373).

En efecto, el principio rector en la materia no es absoluto, ya que el propio Código Procesal contempla distintas excepciones, algunas impuestas por la ley y otras libradas al arbitrio judicial, tal como lo dispone el artículo 68 en su segundo párrafo. Esa norma importa una sensible atenuación al principio general al acordar a los jueces un adecuado marco de arbitrio que deberá ser ponderado en cada caso particular y siempre que resulte justificada tal exención (conf. CNCiv., Sala A, R. 44.344 del 17-4-89 y sus citas; id., R. 72.781 del 14-8-90; id., R. 136.124 del 16-11-93; R. 150.684 del 4/7/94).

Sólo es admisible esta causal de eximición frente a las características peculiares y dificultades del asunto, pero en tales supuestos, la razón probable para litigar debe encontrarse avalada por elementos objetivos de apreciación, de los que se infiera la misma sin lugar a dudas (CNCiv., Sala A, L. 112.907 del 11-8-92 y sus citas).

En el particular, se advierte que las distintas posturas plasmadas en relación al instituto invocado por la accionada y sus presupuestos de aplicación configuran una cuestión dudosa u opinable respecto de la que no media uniformidad de interpretación.

Así y ante las circunstancias que rodean al caso de marras, bien pudo la emplazada creerse razonablemente con derecho a actuar como lo hiciera, bastando ello para justificar en mi entendimiento la imposición de costas en el orden causado.

En consideración de lo expuesto, forma en que se decide y diversas posturas existentes en la materia,

siendo que las particularidades del caso ameritan el apartamiento de la regla general, propondré al Acuerdo que las costas por la actuación en ambas instancias sean impuestas en el orden causado (cfr. art. 68 del CPCCN).

IX.- Por lo expuesto, de compartir mi voto, propongo al Acuerdo: 1) Revocar la sentencia en crisis, hacer lugar a la demanda interpuesta por Gabriela Patricia Zalazar y condenar a la demandada Silvia Adela Arzalluz a abonar a la parte actora la suma que resulte de la liquidación que se practique conforme a las pautas establecidas en los considerandos VI y VII; y 2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades del caso, materia objeto de agravio y forma en la que se decide (art. 68 y 279 del Código Procesal).

Por razones análogas a las expuestas, el doctor *Converset* y el doctor *Trípoli* adhirieron al voto que antecede.

Con lo que terminó el acto.

Buenos Aires, octubre 6 de 2021.

Vistos:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, *Resuelve*: 1) Revocar la sentencia en crisis, hacer lugar a la demanda interpuesta por Gabriela Patricia Zalazar y condenar a la demandada Silvia Adela Arzalluz a abonar a la parte actora la suma que resulte de la liquidación que se practique conforme a las pautas establecidas en los considerandos VI y VII; y 2) Imponer las costas de ambas instancias en el orden causado, en atención a las particularidades del caso, materia objeto de agravio y forma en la que se decide (art. 68 y 279 del Código Procesal).

El presente acuerdo fue celebrado por medios virtuales y la sentencia se suscribe electrónicamente de conformidad con lo dispuesto en los puntos 2, 4 y 5 de la acordada 12/2020 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Regístrese, notifíquese, comuníquese a la Secretaría de Comunicación y Gobierno Abierto de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Acordadas 15/2013 y 42/2015) y devuélvase. — *Omar L. Díaz Solimine*. — *Juan M. C. Converset*. — *Pablo Trípoli*.

Derecho real de habitación del cónyuge supérstite

Protección legal contra el desahucio. Implicancias humanitarias y de carácter afectivo

María Florencia Franchini (*)

Sumario: I. Introducción.— II. Los hechos.— III. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el derogado Código Civil.— IV. El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite en el Código Civil y Comercial.— V. A la luz del Código Civil y Comercial, ¿la misma solución?

I. Introducción

Me convoca el comentario al fallo “Zalazar, Gabriela P. c. Arzalluz, Silvia A. s/ fijación y/o cobro de valor locativo”, en el cual la Cámara Nacional Civil de Apelaciones, sala C, estima que en el caso no se presentan los recaudos previstos en el art. 3573 bis del derogado Cód. Civil y en consecuencia revoca la sentencia de primera instancia que reconocía el derecho real de habitación al cónyuge supérstite.

El análisis de este decisorio plantea interesantes cuestiones por cuanto al aplicarse el derogado Cód. Civil, por su vigencia al tiempo de la muerte del causante, se toman en consideración recaudos sustancialmente diferentes al actual Cód. Civ. y Com.

Tal como lo señala la sentencia, aunque el Cód. Civ. y Com. no resulte aplicable a determinados casos (dada la aplicación temporaria

de la ley), reviste el carácter de pauta interpretativa de las normas que rigen en el caso pues recepta el criterio doctrinario y jurisprudencial mayoritario (1).

En ese contexto, trataré de individualizar los requisitos previstos en el art. 3575 bis del derogado Cód. Civil para que se entienda constituido el derecho real de habitación del cónyuge supérstite, aquellos que fueron tenidos en cuenta por la alzada y, por último, los que contempla el actual Cód. Civ. y Com. en los arts. 2383 y 527 para el cónyuge y para el conviviente supérstite, respectivamente.

El instituto, como derecho real, presenta variados aspectos, todos atractivos para su estudio en profundidad (contenido, derechos y obligaciones, vinculación con el usufructo, oponibilidad, publicidad, y así podría proseguir...). Empero, circunscribiré el examen a los requisitos para su reconocimiento, por constituir el centro del fallo en comentario, y a los supuestos de extinción, en particular, por aquella cuestio-

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

(1) En este sentido CNCiv., sala A, 28/10/2015, "A. A. R. c. G. A. M. s/ daños y perjuicios", RCCyC 2016 (abril), 150, AR/JUR/63674/2015.

nada causal de pérdida ante las nuevas nupcias del cónyuge sobreviviente.

Esta diagnosis la iniciaré con una síntesis de los hechos, para posteriormente examinar el derecho real de habitación del cónyuge supérstite a la luz del derogado Cód. Civil y del Cód. Civ. y Com., su doctrina y jurisprudencia. Finalizaré con una mirada de los mismos hechos a través de ambas legislaciones a fin de conocer si se arriba o no a la misma conclusión.

II. Los hechos

Gabriela P. Zalazar promueve demanda por la que pretende la fijación y cobro de canon locativo por la ocupación que Silvia A. Arzalluz realiza respecto de un inmueble sito en la ciudad de Buenos Aires, integrante del acervo sucesorio en autos “Zalazar, César H. s/ sucesión ab intestato”, en los que ha sido declarada heredera al igual que la demandada, quien fuera la cónyuge de su padre. Sostiene además que en el supuesto de autos no resulta de aplicación el derecho real de habitación previsto por el art. 3573 bis del Cód. Civil (vigente al tiempo del fallecimiento del causante) y plantea la inconstitucionalidad del artículo. Afirma también que al momento de su fallecimiento su padre se encontraba separado de hecho de la accionada y vivía en la casa del campo ubicado en la localidad de Bovril.

En primera instancia, luego de rechazar el planteo de inconstitucionalidad y de efectuar un detallado estudio de los presupuestos de aplicación de la figura, el *a quo* entiende que se hallan reunidos los requisitos para que proceda el derecho de habitación del cónyuge supérstite, desestimando la demanda.

La alzada no comparte la solución arribada, revoca la sentencia de primera instancia y condena a la demandada a abonar un canon mensual que establece en la suma de U\$S 141,66 por el 1/6 indiviso correspondiente a la actora, por cada mes transcurrido y mientras permanezca en la esfera de utilización exclusiva de la demandada (por tratarse de moneda extranjera establece una tasa del 8% anual, debiendo liquidarse los intereses a partir del vencimiento de cada canon locativo y hasta el momento del pago).

El rechazo al reconocimiento del derecho real de habitación para el cónyuge supérstite se basa principalmente en que este no fue invocado por la consorte en el sucesorio de su esposo, oportunidad en la que debió “emplazarse a los restantes coherederos”. Señala la Cámara de Apelaciones que “el derecho real de habitación del cónyuge supérstite incorporado a nuestro ordenamiento de fondo por la ley 20.798, no queda constituido *ipso iure* con la muerte del causante, no obstante ser concedido *ministerio legis*. Es menester que se oponga por el sobreviviente a coherederos, legatarios y terceros interesados, lo que, en principio, debe efectuarse en el juicio sucesorio” por tratarse de un derecho que depende de circunstancias fácticas susceptibles de ser discutidas a fin de garantizar el principio de bilateralidad o de controversia que deriva de la cláusula constitucional que consagra la inviolabilidad de la defensa en juicio y del debido proceso (art. 18, CN).

Pero además señala la sentencia de segunda instancia que, aunque se hubiera planteado en debida forma, la cónyuge no hubiera podido ampararse en el derecho real de habitación en la medida que los bienes que integran su patrimonio resultan por demás suficientes a efectos de evitar la eventual situación de desamparo que motivó la sanción del art. 3573 bis del hoy derogado Cód. Civil. Reconoce, sin embargo, que el citado artículo no impone que la viuda o viudo carezcan de bienes propios, pero afirma que una solución contraria resultaría antifuncional y la vincula con el abuso del derecho.

Por último, hace referencia a las características del inmueble el cual, por sus dimensiones, “excede las necesidades de habitación de la cónyuge”, si bien reconoce que el beneficio del art. 3573 bis del Cód. de Vélez “no es simplemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias humanitarias y de carácter afectivo, cada vez más importantes a medida que avanza la edad del beneficiario”.

III. El derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el derogado Código Civil

III.1. Antecedentes

Por medio de la ley 20.798, en el año 1974 se incorporó al entonces vigente Cód. Civil el art. 3573 bis que concedió al cónyuge supérstite, en

determinadas condiciones, un derecho real de habitación vitalicio y gratuito sobre el inmueble que fuera el último domicilio conyugal.

Establecía el artículo que “Si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario y que hubiera constituido el hogar conyugal, cuya estimación no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia, y concurrieren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite tendrá derecho real de habitación en forma vitalicia y gratuita. Este derecho se perderá si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias”.

El artículo tuvo su origen en el proyecto del diputado Edgard Cossy Isasi que establecía: “Sanciónase como art. 3573 bis del Cód. Civil el siguiente: art. 3573 bis. Si a la muerte del causante, este dejare un solo inmueble como integrante del haber hereditario, cuyo valor no sobrepase el indicado como límite a las viviendas para ser declararlas bien de familia y concurrieren a la sucesión otras personas con vocación hereditaria o como legatarios, el cónyuge supérstite detentará el usufructo vitalicio de la totalidad del inmueble, sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho le correspondiere”.

Como se observa, el proyecto original sufrió modificaciones. Ellas se generaron a partir del despacho de la Comisión de Legislación General y del debate parlamentario. Se consideró, para que operara el instituto, que el único inmueble integrante del haber hereditario debía haber constituido el hogar conyugal, que el derecho real fuera de habitación y no de usufructo, que existiera una causal de pérdida del derecho en caso de que el cónyuge supérstite contrajera nuevas nupcias, que se aclarara expresamente la gratuidad y que se suprimiera la expresión “sin perjuicio de la legítima o cuota de la sociedad conyugal que por derecho le correspondiere”, por ser un derecho que se adquiere por los mecanismos sucesorios que no se veían modificados por la norma, y que por lo tanto no era necesaria la referencia.

Sancionada entonces la ley 20.798, se incorporó al hoy derogado Cód. Civil el art. 3573 bis formando parte del Libro IV el cual trataba las

disposiciones comunes a los derechos reales y personales. Dentro del Libro IV, se lo ubicó en la secc. 1^a (“De la transmisión de los derechos por muerte de las personas a quienes correspondían”), tít. IX (“Del orden en las sucesiones intestadas”), cap. III (“Sucesión de los cónyuges”). El proyecto justificó la ubicación del artículo por entender que al instituto le eran aplicables las demás disposiciones que regían la materia sucesoria.

El derecho de habitación acordado de esta manera al cónyuge supérstite atendió a irrefutables motivaciones asistenciales e involucró una carga legal impuesta a los herederos en favor del beneficiario (2).

Analizaré los requisitos para acceder al derecho real de habitación del cónyuge supérstite conforme al mencionado art. 3573 bis del derogado Cód. Civil, norma aplicable al fallo en comentario. Posteriormente me referiré a los actuales arts. 2383 y 527 del Cód. Civ. y Com. y, además de indagar sobre los actuales requisitos de la figura, intentaré comparar aquel con estos para saber si bajo el prisma de la nueva normativa, el corolario hubiera sido semejante.

III.2. Análisis del artículo 3573 bis del derogado Código Civil

III.2.a. Requisitos

Los requisitos para el funcionamiento de la figura pueden resumirse en:

a) Que exista un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario. Extensión a los inmuebles por accesión

El artículo establecía que el derecho real de habitación era adquirido por el cónyuge supérstite “si a la muerte del causante este dejare un solo inmueble habitable como integrativo del haber hereditario”. Como se advierte, la expresión “un solo inmueble habitable” admite múltiples interpretaciones. Si se considera la función tuitiva del instituto y la redacción de la norma, podría interpretarse que solo debía existir un solo inmueble relicto, pues si existían

(2) ZANNONI, Eduardo A., “Derecho civil. Derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 2001, 4^a ed. act. y amp., t. 1, p. 664.

otros, aunque no fueran habitables, u otros bienes de valor, como ganado, automotores, etc., el cónyuge supérstite no caería en desamparo (3). También se analizó la posibilidad de que el cónyuge poseyera un inmueble habitable entre sus bienes propios, supuesto en el que se interpretó que el derecho de habitación no aplicaría (4), no obstante que la norma no hacía referencia a este supuesto.

Considero que la expresión “un solo inmueble habitable” no excluía la existencia de otros inmuebles “no habitables”. Concluyo esto pues el inmueble sede del hogar conyugal era “habitable”, y de hecho era habitado por ambos esposos. Así, a mi entender, se protegió el cobijo de la vivienda conyugal con independencia de la existencia de otros bienes, cuya existencia, no inhibía la motivación de la figura.

La falta de precisión terminológica condujo a desenlaces jurisprudenciales dispares, circunstancia por demás disvaliosa cuando genera desigualdad ante la misma ley.

Baste como ejemplo el fallo en comentario, donde la existencia de otros inmuebles constituyó unos de los fundamentos para denegar el derecho, mientras que fue reconocido a favor de otros cónyuges, en similares circunstancias (5).

Finalmente, debe recordarse que en virtud de los derogados arts. 2316 y 2320 también se consideraban inmuebles las cosas muebles que se encontraban “puestas intencionalmente, como accesorias de un inmueble, por el propietario de este, sin estarlo físicamente”, con exclusión de las cosas enunciadas en el derogado art. 2323: “el dinero, los documentos y papeles, las colecciones científicas o artísticas, los libros y sus estantes, las medallas, las armas, los instrumentos de artes y oficios, las joyas, ninguna clase de ropa de uso, los granos, caldos, mercaderías, ni en general otras cosas que las que forman el

ajuar de una casa”. Así, el derecho de habitación abarcaba todos los muebles de la casa con las excepciones del mencionado art. 2323 (6).

b) Que el inmueble hubiera constituido el hogar conyugal

El inmueble objeto del derecho real debía ser el último hogar conyugal, esto es, donde hubieran convivido cónyuge y causante en el momento del fallecimiento de este. La norma pretendió evitar que la esposa o esposo sobreviviente sea lanzado del inmueble donde vivía con su cónyuge, ya que por el art. 199 los esposos debían “convivir en una misma casa, a menos que por circunstancias excepcionales se vean obligados a mantener transitoriamente residencias separadas”. El deber de convivencia, entonces, traía como consecuencia natural que los cónyuges, al tiempo del fallecimiento de unos de ellos, habitaran el mismo hogar, ya que de lo contrario se daría el supuesto de separación personal o divorcio (7).

c) Que el valor del inmueble no sobrepasare el indicado como límite máximo a las viviendas para ser declaradas bien de familia

La referencia apuntaba a la derogada ley 14.394 que en sus arts. 34 a 50 contemplaba la constitución del bien de familia. Además de establecer la protección del inmueble de la agresión de los acreedores posteriores a la constitución, la norma conceptualizaba a la familia como “la constituida por el propietario y su cónyuge, sus descendientes o ascendientes o hijos adoptivos; o en defecto de ellos, sus parientes colaterales hasta el tercer grado inclusive de consanguinidad que convivieren con el constituyente”. Por el art. 34 el valor del inmueble (urbano o rural) no podía exceder las necesidades

(3) MARIANI DE VIDAL, Marina, “Ley 20.798: derecho real de habitación del cónyuge sobreviviente”, LA LEY, 1976-C, 498 - LLO del 11/04/2012, AR/DOC/476/2012.

(4) BORDA, Guillermo, “El derecho de habitación del cónyuge supérstite”, ED 57-755.

(5) CCiv. y Com. Lab. y Min. de Santa Rosa, 09/11/2021, “D. M. J. E. s/ sucesión *ab intestato*”, AR/JUR/188607/2021.

(6) Debe tenerse presente, además, la doctrina del derogado art. 3763 que establecía que “si lega una casa con sus muebles o con todo lo que se encontrase en ella, no se entenderán comprendidos en el legado sino los muebles que forman el ajuar de la casa y que se encuentran en ella; y así, si se legase de la misma manera una hacienda de campo, no se entenderá que el legado comprende otras cosas que las que sirven para el cultivo y beneficio de la hacienda y que se encuentran en ella”.

(7) “Sin embargo, tal solución no parece del todo equitativa en la hipótesis de inocencia del supérstite” (MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit.).

de sustento y vivienda de la familia, de acuerdo con las normas reglamentarias dispuestas, según el caso, por la autoridad administrativa nacional o provincial (art. 42).

Cuando en las provincias no existieran normas reglamentarias que establecieran valores máximos para la inscripción de los inmuebles como bien de familia se utilizó como referencia lo establecido en los hoy derogados arts. 2948 y 2953. Así, se limitaba el derecho real de uso y habitación a las necesidades del usuario o habitador y su familia y, para este último supuesto, a la utilidad de morar en la vivienda.

Es dable destacar además que, si no existía un tope o cifra máxima en los valores de los inmuebles destinados a vivienda a los fines de acceder a la protección como bien de familia, estos no tenían incidencia relevante para el reconocimiento del derecho real al cónyuge sobreviviente (8).

Retornando al punto en estudio, ante la inexistencia de normas locales que establecieran valores máximos para la inscripción de los inmuebles como bien de familia se utilizaron otros parámetros para verificar el cumplimiento del requisito traído por el art. 3573 bis, tal como los lineamientos de los referidos arts. 2948 y 2953. De acuerdo con estos criterios, se ha rechazado la petición de habitación de un inmueble que excedía “sustancialmente” las necesidades del supérstite peticionante. Así, en algunos supuestos se ha considerado improcedente la protección cuando el inmueble sobre el que se pretendía ejercer el derecho real de habitación, tenía un valor que, pese a la realización de la partición, le posibilitaba, con la parte que le correspondía, adquirir una vivienda acorde con sus necesidades (9).

Volveré sobre esta protección al considerar la regulación actual del derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente supérstite y de la protección de la vivienda, ya que la mirada se centra hoy en el derecho humano a la vivienda,

prescindiéndose de su valor como eje central del instituto.

d) Que concurren otras personas con vocación hereditaria o como legatarios

La coexistencia de personas con vocación sucesoria total o parcial o existencia de legatarios resulta ser indispensable, para el funcionamiento de esta figura jurídica (10), puesto que, si no existieran coherederos o legatarios, el cónyuge sería único heredero.

III.2.b. Oportunidad

El art. 3573 bis significó una modificación al art. 2949 del hoy derogado Cód. Civil, por el cual se establecía que el uso y la habitación se constituían del mismo modo que el usufructo “con excepción de no haber uso legal o establecido por las leyes”. A partir de la sanción de la ley 20.798 ya no existía, entonces, solo el usufructo legal, pues la facultad de morar en el inmueble sede del hogar conyugal tras el fallecimiento de uno de los cónyuges se erigió como otro derecho real (de habitación) de origen legal.

El derecho se adquiría desde la muerte del causante y debía invocarse ante el juez del sucesorio. La oportunidad del cónyuge supérstite para acogerse al derecho real se extendía hasta la partición, la venta o la adjudicación a uno de los herederos de tal inmueble (11).

Se presenta al menos como “llamativo” que la sentencia en glosa haga referencia no solo a la invocación del derecho en el sucesorio, sino que le añada el “emplazamiento a los restantes herederos”, cuando el proceso es voluntario.

Además, por tratarse de un derecho real sobre inmuebles, una vez reconocido debía ser inscripto en el Registro de la Propiedad Inmueble atento lo que preceptuaba el art. 2505 del derogado Cód. Civil y los arts. 2º y 3º de la ley 17.801 (aún vigente). No descarto para el caso la publi-

(10) MOLINARIO, Alberto D., “Estudio del artículo 3573 bis del Código Civil”, LA LEY, 1975-B, 1040, AR/DOC/465/2012.

(11) CCiv. 1ª Lomas de Zamora, 12/08/2003, “Khe-dayan, Jamile c. Jáuregui de López, Nilda I. s/ incidente fijación de canon locativo”, 55493 RSD-265-3, juez Basile (SD), LLBA 2004-309.

(8) SCBA, “Fortabat, Juan L. y Fortabat, Diana s/ sucesión - incidente de derecho real de habitación de la cónyuge supérstite - art. 1º *in fine*, ley 9747”, C. 107.726.

(9) CCiv. Junín, 17/02/2009, 43127 RSD-11-50.

cidad posesoria ante la ineludible permanencia del cónyuge supérstite en el inmueble.

III.2.c. Causales de extinción del derecho real. Pérdida del derecho si el cónyuge supérstite contrajere nuevas nupcias

De acuerdo con el derogado art. 2969 del Cód. Civil, “lo dispuesto sobre la extinción del usufructo se aplica igualmente al uso y al derecho de habitación, con la modificación que los acreedores del usuario no pueden atacar la renuncia que hiciere de sus derechos”.

En este sentido, resultaba de aplicación el art. 2918: “el usufructo se extingue por la revocación directa de su constitución, por la revocación del acto demandado por los acreedores del dueño del fundo, por la resolución de los derechos del constituyente del usufructo, y por las causas generales de extinción de los derechos reales”.

Sintéticamente, entonces, el derecho real de habitación del cónyuge supérstite se extinguía:

- a) por resolución del dominio del causante;
- b) por expropiación del inmueble;
- c) por muerte del cónyuge beneficiario (derogado art. 2920);
- d) por no uso por diez años (derogado art. 2924);
- e) por cambio del destino de la cosa (derogado art. 2878);
- f) por consolidación del dominio en cabeza del habitador;
- g) por destrucción total del inmueble (derogados arts. 2934 a 2939 y 2941), pues si fuera parcial, la habitación podía continuar en la parte no destruida;
- h) por renuncia del cónyuge beneficiario, en cuyo caso, y tal como lo señalaba el derogado art. 2969 en su última parte, los acreedores no podían atacar esta renuncia;

En el caso del derecho real de habitación en estudio, el art. 3573 bis disponía un supuesto más de extinción:

i) *por contraer el cónyuge nuevas nupcias*. Varias interpretaciones se le ha dado a esta causal de pérdida del derecho, la cual, no se debe olvidar, se hallaba emplazada en el año 1974, tiempos que han sido superados favorablemente en la consolidación de derechos. Así se interpretó que el nuevo matrimonio hacía innecesaria la tutela (12), que resultaba razonable impedir que el supérstite instalara a un nuevo consorte en el que fuera lecho conyugal (13), que, aunque tal prohibición se interpretara como una incitación a vivir en concubinato, este configuraría una “grave inconducta moral” (14). En esencia, el artículo presumía (posición con la que discrepo) que un nuevo matrimonio implicaba el cese de las necesidades del habitador o la habitadora, conclusión cuestionable que ha sido superada con la sanción del Cód. Civ. y Com. aunque permanece para el conviviente supérstite (podría conjeturarse que este último supuesto no resulta tan gravoso dado su carácter no vitalicio).

III.3. La solución en el caso comentado

En el caso, el argumento común que puede observarse en los tres votos que integran el fallo de solución unánime se centra en los requisitos del art. 3573 bis y la oportunidad en que debió ser invocada.

La sentencia de segunda instancia, del año 2021, aplicó el derogado Cód. Civil por cuanto la muerte del causante aconteció en mayo de 2005. En efecto, debe recordarse que el momento de la muerte del causante causa de pleno derecho la apertura de su sucesión y la transmisión de su herencia a las personas llamadas a sucederle por el testamento o por la ley, de modo que la legislación vigente a tal fecha regula las relaciones jurídicas emanadas de dicho suceso, incluso los derechos y obligaciones entre los coherederos que nacen con motivo del deceso del causante.

En cuanto a la oportunidad, destaca el fallo que el derecho real no queda constituido ipso jure con la muerte del causante, no obstante ser concedido *ministerio legis*. De tal manera se sella la suerte adversa del nacimiento del derecho

(12) MARIANI DE VIDAL, Marina, ob. cit.

(13) MOLINARIO, Alberto D., ob. cit.

(14) *Ibidem*.

porque no fue invocado por la cónyuge superviviente en el sucesorio de su esposo, momento en que debió “emplazarse a los restantes coherederos”.

Al mismo tiempo indica que, aunque el art. 3573 bis no impone que la viuda o viudo carezcan de bienes propios, estima que una solución contraria resultaría antifuncional (abuso del derecho), y bajo este criterio rechaza el derecho real ya que los bienes que integran el patrimonio de la demandada resultan “por demás suficientes a efectos de evitar la eventual situación de desempleo que motivó la sanción del artículo”.

Finalmente, y si bien reconoce que el beneficio del art. 3573 bis del Cód. de Vélez “no es simplemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias humanitarias y de carácter afectivo, cada vez más importantes a medida que avanza la edad del beneficiario”, considera que el inmueble “excede las necesidades de habitación de la cónyuge” y niega en consecuencia la existencia del derecho real.

En síntesis, tres pilares de los fundamentos del decisorio: oportunidad, existencia de inmuebles propiedad del cónyuge, inmueble que “excede” las necesidades del cónyuge.

Regresaré al tema tras considerar al instituto de acuerdo con los lineamientos del Cód. Civ. y Com.

IV. El derecho real de habitación del cónyuge y del conviviente superviviente en el Código Civil y Comercial

IV.1. Antecedentes

Claramente el instituto en estudio se emplaza en el derecho humano a la vivienda y especialmente en la vivienda familiar. Dentro de los instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, CN) que contemplan el derecho a la vivienda, señalo principalmente el art. 25 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, el art. 11 de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, el art. 11 (párr. 1º) del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el art. 5º, inc. e), iii de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial.

El reconocimiento del derecho a una vivienda adecuada tiene una importancia fundamental para el disfrute de todos los derechos económicos, sociales y culturales. Si bien existen numerosos instrumentos internacionales que abordan los diferentes aspectos del derecho a una vivienda adecuada, el art. 11 (párr. 1º del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales) es la más amplia, y quizá la más importante, de todas las disposiciones pertinentes (15).

En la obs. 4 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales se identifican aspectos que deben ser tenidos en cuenta en cualquier contexto, no obstante distintos factores sociales, económicos, culturales, climatológicos, ecológicos y de otra índole, y dentro de ellos se encuentra, precisamente, la seguridad jurídica, esto es, sea cual fuere el tipo de vínculo con la tierra, todas las personas deben gozar de cierto grado de seguridad que les garantice una protección legal contra el desahucio, el hostigamiento u otras amenazas.

Consecuencia de esta protección es la reformulación de este derecho real de habitación de origen legal, entre otras previsiones (16).

Establece el art. 2383 del Cód. Civ. y Com. que el cónyuge superviviente “tiene derecho real de habitación vitalicio y gratuito de pleno derecho sobre el inmueble de propiedad del causante, que constituyó el último hogar conyugal, y que a la apertura de la sucesión no se encontraba en condominio con otras personas” y agrega que este derecho “es inoponible a los acreedores del causante”.

Se ubica en el Libro Quinto (“Transmisión de derecho por causa de muerte”), tít. VIII (“Partición”), cap. 2 (“Modos de hacer la partición”).

Su redacción acoge el criterio doctrinario y jurisprudencial mayoritario y, con base en ello, se eliminan requisitos contemplados en el derogado art. 3573 bis. De esta manera, se ha suprimido aquella expresión que acuñaba tantas dudas

(15) FRANCHINI, María Florencia, “Acceso a la vivienda digna en la Provincia de Buenos Aires (a 25 años de la Constitución provincial)”, LLBA, año 26, nro. 7, dic. 2019.

(16) KIPER, Claudio, “Tratado de derechos reales”, Ed. Rubinzal-Culzoni, 2017, 2ª ed. act., t. II, p. 127.

y criterios interpretativos dispares cuando la derogada norma disponía que el causante “dejare un solo inmueble habitable como integrante del haber hereditario”.

Además, a partir de la entrada en vigencia del art. 2383 se prescinde del valor del inmueble. El punto tiene su correlato en la protección de la vivienda que se incorporan al Cód. Civil en los arts. 244 a 256 en sustitución de aquello que la ley 14.394 designaba como bien de familia (y que permanece con esa denominación en la Constitución Nacional y las constituciones provinciales).

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

Este resguardo integra un conjunto de normas tuitivas en idéntico sentido, tal como el art. 522 de protección de la vivienda familiar y el art. 526 en cuanto a la atribución del uso de la vivienda familiar.

La alineación de ambos derechos en la visión actual de los derechos humanos es clara (17).

(17) “Esta avanzada y moderna concepción, no hace más que conciliar nuestro derecho interno con las convenciones internacionales introducidas a través del art. 75 inc. 22 de la CN —en punto a la protección de la vivienda y, especialmente, de la ancianidad— siendo incluso superadora de normas similares actualmente vigentes en gran parte del derecho comparado, todas las cuales tienden en acentuar la protección del cónyuge supérstite para que la partición sucesoria no lo prive de la vivienda. Tales convenciones internacionales resultan aplicables a la fecha y resultan orientadoras del criterio amplio con el que debe ser evaluada la concesión del beneficio en análisis cuando, claro está, se encuentran reunidos los requisitos que la ley establece para otorgarlo”

IV.2. Análisis del art. 2383. Derecho real de habitación del cónyuge supérstite

De conformidad al art. 2158 del Cód. Civ. y Com., la habitación es el derecho real que consiste en morar (una persona humana) en un inmueble ajeno construido, o en parte material de él, sin alterar su sustancia.

Con la estructura legal de este derecho real, el Código contempla el derecho real de habitación del cónyuge supérstite en el art. 2383.

IV.2.a. Requisitos

IV.2.a.i. Inmueble de propiedad del causante. Extensión a los inmuebles por accesión. Supuesto de condominio

El inmueble debe ser propiedad del cónyuge premuerto, bien propio (art. 464) o ganancial (art. 465). Se trata del derecho real de dominio, pero no de condominio, pues la norma especialmente excluye la posibilidad de que la cosa se encuentre “en condominio con otras personas”, situación que resulta atendible pues la figura constituye una carga para los herederos, pero no resultaría razonable que lo sea para los condóminos (salvo que fuera el propio cónyuge beneficiario) (18).

La opción efectuada por el cónyuge desmiembra el dominio. El dominio del causante puede ser perfecto (absoluto, exclusivo y perpetuo) o imperfecto (desmembrado, fiduciario o revocable). Si tuviera afectada la perpetuidad (dominio revocable o fiduciario), el derecho real de habitación se extinguirá en la medida que se extinga el dominio. En cuanto al dominio desmembrado, en los supuestos de derechos reales de disfrute que graven el inmueble, habrá que estar a la calidad de excluyente o no, mientras que en los derechos reales de garantía también será posible la existencia de la habitación del esposo o esposa con la salvedad que, en el caso de incumplimiento del crédito garantizado, el inmueble es ejecutable ya que el derecho real de

(CCiv. 1ª Lomas de Zamora, 19/06/2015, “Cardo, Susana V. s/ sucesión ab-intestato”, 72258 RSD: 115/2015).

(18) En el mismo sentido, para el supuesto contemplado en el art. 3573 bis. ZANNONI, Eduardo A., ob. cit., p. 656.

habitación del cónyuge supérstite es inoponible a los acreedores del causante.

El Cód. Civ. y Com. no contempla los términos de los derogados arts. 2316 y 2323, pero sí el del 2320, en el art. 226: “son inmuebles por accesión las cosas muebles que se encuentran inmovilizadas por su adhesión física al suelo, con carácter perdurable” y en este caso, “los muebles forman un todo con el inmueble y no pueden ser objeto de un derecho separado sin la voluntad del propietario”. Puede encontrarse una referencia a los muebles indispensables en los arts. 456, 462, 518, 522, 744 y con criterio más amplio en el art. 2381 lo que me permite conjeturar que los principios de los derogados arts. 2316 y 2323 continúan vigentes **(19)**.

El artículo nada dice con respecto a la inexistencia de bienes en cabeza del beneficiario. No se trata de una omisión, ya que para el caso del conviviente supérstite específicamente se dispone que para acceder a la titularidad del derecho real este debe carecer de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta.

Especialmente hago hincapié en este último tema ya que considero que aquellas sentencias que denegaron el derecho a los cónyuges por ser titulares de bienes o porque los otros del acervo hereditario alcanzaban para ser liquidados y adquirir una vivienda, con fundamento en el abuso del derecho, hoy no tienen cabida.

IV.2.a.ii. No tener atribución preferencial

En los términos del art. 2381, inc. a), del Cód. Civ. y Com. el cónyuge sobreviviente puede pedir la atribución preferencial de la propiedad del inmueble que le sirve de habitación, si tenía allí su residencia al tiempo de la muerte, y de los muebles existentes en él. El ejercicio de esta facultad tornaría innecesario el reconocimiento del derecho real de habitación

IV.2.a.iii. Último hogar conyugal. ¿Convivencia?

El art. 2383 hace especial referencia a que el inmueble debe haber constituido el último hogar conyugal. De conformidad con el art. 2621 del Cód. Civ. y Com., se entiende por domicilio

(19) Sugiero la lectura de la nota del Codificador al art. 2316 del derogado código.

conyugal efectivo “el lugar de efectiva e indiscutida convivencia de los cónyuges”.

Con todo, este tema no es menor ya que el actual Código, a pesar de conservar el deber jurídico de convivencia en el art. 431 por el cual los esposos “se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad”, al derogarse el régimen de divorcio incausado, “la violación a este deber no traería aparejada sanción alguna” **(20)**.

Se plantea así la posibilidad de que los cónyuges, desarrollando un proyecto de vida común, habiten inmuebles diferentes. ¿El fallecimiento de uno de ellos, que habitara un inmueble propio o ganancial del otro, podría invocar el derecho real de habitación? Entiendo que sí, pues la protección es a la vivienda, al hogar, a ese espacio que genera cobijo en un lugar determinado. Si los esposos, sin estar separados de hecho, mantienen un propósito de vida conjunta, aunque no convivan, entonces, el instituto es aplicable.

IV.2.b. Oportunidad

El derecho nace con la muerte del causante y se concede de pleno derecho. El Cód. Civ. y Com. refuerza la importancia social del derecho real de habitación y simplifica su aplicación en favor del cónyuge supérstite, al establecer su reconocimiento de pleno derecho, es decir, sin petición judicial previa **(21)**.

IV.2.c. Causales de extinción del derecho real. Eliminación de la causal de pérdida del derecho por nuevas nupcias

- a) Por resolución del dominio del causante.
- b) Por expropiación del inmueble.
- c) Por muerte del cónyuge beneficiario [arts. 2160, 2152 inc. a)].
- d) Por no uso por diez años [art. 2152, inc. c)].
- e) El uso abusivo y la alteración de la sustancia comprobada judicialmente [art. 2152, inc. d)].

(20) LORENZETTI, Ricardo L., “Código Civil y Comercial de la Nación. Comentado y anotado”, Ed. Rubinzal-Culzoni, t. II, p. 678.

(21) CCiv. 1ª Lomas de Zamora, “Cardo, Susana V”, cit.

f) Por consolidación del dominio en cabeza del habitador (art. 1907).

g) Por destrucción total del inmueble (art. 1907), pues si fuera parcial, la habitación podía continuar en la parte no destruida.

h) Por renuncia del cónyuge beneficiario (art. 2155), aunque no se advierte la aclaración del derogado art. 2969 última parte.

i) Eliminación de la causal de pérdida del derecho por nuevas nupcias. Supuesto del derecho adquirido en el marco del derogado Cód. Civil.

El artículo ya no contiene la causal y en consecuencia si el cónyuge que detenta el derecho real de habitación contrae nuevas nupcias o constituye una unión convivencial, lo conserva. Se reafirma así que el desamparo del cónyuge supérstite no es solo material, es afectivo. Podrá convivir con otros miembros de su nueva familia sin que estos deban canon alguno a los herederos que soportan la carga real.

Estimo irrelevante para conservar el derecho si el cónyuge sobreviviente que contrae nuevas nupcias o constituye una unión convivencial adquirió el derecho en vigencia del derogado Cód. Civil. Resulta un derecho adquirido cuyas causales de extinción se rigen por la legislación actual.

IV.3. Análisis del artículo 527. Derecho real de habitación del conviviente supérstite

IV.3.a. Requisitos

IV.3.a.i. Que el conviviente supérstite carezca de vivienda propia habitable o de bienes suficientes que aseguren el acceso a esta

El derecho del conviviente es más acotado y no alcanza a las uniones de parejas cuando uno o ambos integrantes tengan impedimento legal de ligamen (22). Se vislumbra su configuración con una función tuitiva tendiente a evitar puntualmente el desamparo habitacional del conviviente, puesto que, si este es titular de una vivienda propia o tiene bienes suficientes para acceder a ella, no accede a la titularidad del derecho real de habitación (23). La protección se

(22) KIPER, Claudio, ob. cit., p. 130.

(23) Niega el carácter de derecho en real: ÁRRAGA PENIDO, Mario O., "Derecho real de habitación espe-

encuadra en los mismos principios del derecho humano a la vivienda ya analizados.

IV.3.a.ii. Inmueble de propiedad del causante. Extensión a los inmuebles por accesión. Supuesto de condominio

Se reiteran aquí los conceptos vertidos en oportunidad de analizar el supuesto en el derecho real de habitación del cónyuge supérstite si bien no es posible hacer la distinción entre bien propio o ganancial. Además, y como se indicara, se trata del derecho real de dominio, pero no de condominio, pues la norma igualmente excluye especialmente que la cosa se encuentre "en condominio con otras personas".

También, y por los mismos fundamentos entiendo que el derecho se extiende a los bienes muebles, sumando a ello los preceptos del art. 522 que especialmente se refiere a ellos (muebles indispensables) para protección de la vivienda y el interés familiar.

IV.3.a.iii. Último hogar familiar

La convivencia se presenta aquí mucho más clara que en el supuesto del matrimonio de acuerdo no solo a lo previsto en el art. 509, sino específicamente en el art. 510, inc. e).

IV.3.b. Oportunidad

A diferencia del derecho real de habitación del cónyuge supérstite, el del conviviente supérstite debe invocarse en el sucesorio, a la manera del derogado 3575 bis. Sin embargo, y con fundamento en el art. 1894, existe jurisprudencia que estima que se adquiere *ipso iure*, sin necesidad de petición judicial (24).

IV.3.c. Causales de extinción del derecho real. Pérdida del derecho por nueva unión convivencial, nuevas nupcias o por la adquisición de una vivienda propia habitable o bienes suficientes para adquirirla

Como derecho real de habitación le caben las causales de extinción ya analizadas para el mis-

cial del cónyuge supérstite", LA LEY del 19/04/2018, 1 - LA LEY, 2018-B, 1006 - DFyP 2018 (junio), 11/06/2018, 85.

(24) CCiv. 1ª San Martín, 15/09/2015, "Balsamo, Liliana M. y otro/a c. Flores, Beatriz S. y otro/a s/desalojo (excepto por falta de pago)". AR/JUR/31579/2015.

mo derecho del cónyuge supérstite, con las adecuaciones pertinentes.

En primer lugar, el derecho no es vitalicio, pues se extiende por el término de dos años.

Al mismo tiempo, y a diferencia de lo delineado para el cónyuge supérstite, el conviviente pierde el derecho real de habitación si durante el plazo de dos años desde la muerte del causante constituye una nueva unión convivencial, contrae matrimonio, o adquiere una vivienda propia habitable o bienes suficientes para acceder a esta.

La expresa disposición para el conviviente refuerza la idea de que la existencia de bienes en cabeza del cónyuge no es óbice para el reconocimiento y que, por lo tanto, ser titular de otros inmuebles o de bienes suficientes para adquirirlos no puede configurar un abuso de derecho.

V. A la luz del Código Civil y Comercial, ¿la misma solución?

Los requisitos que la alzada consideró ausentes para el reconocimiento del derecho real de habitación del cónyuge supérstite fueron la oportunidad de su invocación, la existencia de inmuebles propiedad del cónyuge y las características del inmueble que “excede” las necesidades del cónyuge. De los tres fundamentos, uno podría en el espíritu del art. 3573 bis del derogado Cód. Civil y consolidado jurisprudencialmente (la oportunidad), los otros, no.

De esta manera, el decisorio indica que el derecho real de habitación del cónyuge supérstite incorporado al hoy derogado Cód. Civil no quedaba constituido ipso jure con la muerte del causante, no obstante ser concedido *ministerio legis*. De acuerdo con lo analizado *supra*, el art. 2383 del Cód. Civ. y Com. lo reconoce de pleno derecho, por lo cual el primer obstáculo para su rechazo, hoy no se presenta.

La sentencia señala además que, aunque se hubiera planteado en debida forma, el cónyuge no hubiera podido ampararse en el derecho real de habitación por ser titular de bienes suficientes para evitar el desabrigo. Reconoce, sin embargo, que el citado artículo no impone que la viuda o viudo carezcan de bienes propios, pero afirma que una solución contraria resultaría antifuncional y la vincula con el abuso del derecho. Nuevamente, ahora en el art. 2383, el Cód. Civ. y Com. no menciona la existencia de bienes en cabeza del cónyuge sobreviviente para excluir la configuración del derecho real. Queda claro que no es una omisión, puesto que sí se establece específicamente en el caso del conviviente supérstite. ¿Es solo el desabrigo o desamparo lo que se pretende evitar con este derecho real? No, indudablemente no. En el marco internacional en el que se alinea la figura, el derecho a la vivienda en el hogar conyugal es más que un techo sobre la cabeza.

Finalmente, si bien admite que el beneficio “no es simplemente de carácter alimentario, sino que también tiene implicancias humanitarias y de carácter afectivo, cada vez más importantes a medida que avanza la edad del beneficiario” rechaza el derecho porque el inmueble “excede las necesidades de habitación de la cónyuge”. Si alguna vinculación tiene este tema con la referencia al valor del inmueble para ser declarado bien de familia que contenía la legislación derogada, no lo contempla la nueva norma y tampoco el art. 244 y ss. Fuera de esta primera posibilidad, supeditar el hogar familiar a las necesidades de habitación, es restringir la figura a límites no previstos por el legislador.

Como conclusión, y ante la interrogación que formulo en este acápite, entiendo que a la luz del Cód. Civ. y Com., no cabe duda de que el cónyuge supérstite de autos es titular del derecho real de habitación.

SOCIEDADES

DOCTRINA

Administradores y representantes orgánicos de hecho de personas jurídicas (*)

Pedro Sánchez Herrero (**)

Sumario: I. Noción. — II. Supuestos. — III. Alcances. — IV. Consecuencias jurídicas. — V. Fallos judiciales.

I. Noción

Las figuras del administrador de hecho y del representante orgánico de hecho tienen como característica común que son sujetos que cumplen esas funciones, pese a no estar formalmente legitimados para hacerlo (1).

Para una mejor comprensión, cito la siguiente explicación: “La diferencia entre el administrador de hecho y el de jure radica, entonces, en la investidura: mientras el primero la tiene en debida forma, el segundo carece de ella, sin que esta carencia le impida llevar a cabo esa actividad cualitativamente idéntica” (2).

La relevancia del tema está en que, aunque con carencias formales en su designación, pueden hacer que sus actos sean imputados a la persona jurídica. Por otra parte, en un país plagado de personas jurídicas insolventes y administradores que son meros prestanombres, la aplicación de esta figura puede ser decisiva para lograr el objetivo de la acción intentada. Fundamentalmente, por apli-

cación de las reglas de la responsabilidad civil a esos administradores y representantes de hecho.

Nuestro ordenamiento carece de un régimen general sobre los administradores y representantes de hecho. No obstante, hace referencia a ellos en ciertas disposiciones, algunas de las cuales menciono a continuación.

Una de ellas está en la normativa de las simples asociaciones civiles. De acuerdo con el art. 191 del Cód. Civ. y Com., “[e]n caso de insuficiencia de los bienes de la asociación simple, el administrador y todo miembro que administra de hecho los asuntos de la asociación es solidariamente responsable de las obligaciones de la simple asociación que resultan de decisiones que han suscripto durante su administración”.

Por otra parte, el régimen de las sociedades por acciones simplificadas prevé lo siguiente en el art. 52, párr. 2º, de la ley 27.349: “Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual”.

Como vemos, además de mencionar a administradores y representantes legales, esta norma no limita la responsabilidad a los actos que suscribieron los administradores de hecho, sino que

(*) El contenido de este artículo está basado en un libro de mi autoría: “Responsabilidad de administradores de personas jurídicas”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2022.

(**) Profesor en materia de personas jurídicas (UNR y Univ. Austral); magíster en Asesoramiento Jurídico de Empresas (Univ. Austral).

(1) CALCATERRA, Gabriela S., “La responsabilidad civil en los grupos de sociedades”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2007, p. 212.

(2) VILLANUEVA, Julia, “El administrador de hecho en la SAS”, AR/DOC/2213/2019.

la extiende a los actos en los que no hubiesen intervenido, si su actuación fue habitual.

Por último, con respecto a los efectos de que una sociedad tenga un objeto ilícito, el art. 18, último párr., de la ley 19.550 prevé lo que sigue: “Responsabilidad de los administradores y socios. Los socios, los administradores y quienes actúen como tales en la gestión social responderán ilimitada y solidariamente por el pasivo social y los perjuicios causados”.

No voy a profundizar el análisis de estas normas u otras de nuestro ordenamiento que también aluden al tema. Creo que exponen con suficiencia la necesidad de establecer un régimen general que prevea con precisión los supuestos y efectos de la administración de hecho y la representación de hecho. De otra forma, su aplicación dependerá de herramientas jurídicas no muy previsibles (por ejemplo, la analogía o los principios). Normas sueltas sin un sentido sistemático confirman la existencia de estas figuras, pero no dan certeza sobre su aplicación a todas las personas jurídicas. Aunque la respuesta afirmativa a esto último tiene relativo consenso [y así puede verificarse en varios fallos de nuestra jurisprudencia (3)], sus efectos concretos no están claros. Las normas citadas dan muestras de que, incluso, podemos llegar a soluciones irrazonables (por ejemplo, la norma sobre las simples asociaciones responsabiliza solo al miembro que administra de hecho, por lo que, pese a contar con una norma positiva, su alcance sería más restringido que en otras personas jurídicas —en las que tam-

bién alcanzaría al sujeto que no es miembro del ente—).

II. Supuestos

El administrador de hecho es un sujeto que administra una persona jurídica sin estar formalmente legitimado para hacerlo, como señalé. Otro tanto puede decirse del representante orgánico de hecho, pero con respecto a la función de representación (orgánica).

Circunscribo estos conceptos a los sujetos que gestionan una persona jurídica personalmente, de manera directa y activa (individualmente o en un órgano plural) (4). Así, descarto ampliar la noción hasta alcanzar las intromisiones en el órgano de administración o representación en virtud de relaciones de control (5). En estos supuestos, a raíz del poder de la controlante, se imponen directivas o instrucciones que son concretadas por los administradores de la controlada. No es que esta situación no tenga consecuencias en materia de responsabilidad (por ejemplo, la prevista para la controlante por el art. 54, párr. 1º, de la ley 19.550), sino que la causa es diferente y conviene distinguirla. Incluso, es posible que ambas operen simultáneamente, dado que la influencia de la controlante puede darse sobre o a través de un administrador de hecho (6).

(4) FILIPPI, Laura L., “La figura del ‘administrador de hecho en las sociedades anónimas’”, AR/DOC/11576/2003.

(5) En el sentido de que el controlante (aun el de hecho) no es un administrador de hecho: MOLINA SANDOVAL, Carlos A., “Administrador de hecho en el derecho societario y concursal”, inédito, Premio “Doctor Vicente Rodríguez Ribas” de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires (dictamen del jurado del 22/04/2021), § XI.

(6) Al respecto, Paz-Ares distingue entre el administrador de hecho y el oculto. El primero desempeña el cargo sin título o con un título nulo o extinguido. El segundo es aquel bajo cuyas instrucciones están acostumbrados a actuar los administradores de la sociedad. Para el autor, este último responde junto con los administradores, dado que, en los hechos, actúa como tal (PAZ-ARES, Cándido, “Responsabilidad de los administradores y gobierno corporativo”, Ed. Colegio de Registradores de la Propiedad y Mercantiles de España, Madrid, 2007, p. 43). Por su parte, Olivera García califica como una administración de hecho el siguiente supuesto: “En el grupo de sociedades, la administración de las filiales resulta total o parcialmente realizada siguiendo las

(3) Cito uno de ellos por su antigüedad y la jerarquía del tribunal. La Corte Suprema de Justicia de la Nación convalidó lo realizado por un directorio electo en una asamblea que, luego, fue declarada inválida en el ámbito administrativo (por la Inspección General de Justicia). El acto en concreto fue la propuesta de un concordato concursal aprobada por todos los acreedores. En una parte del fallo el tribunal sostiene lo siguiente: “No debe perderse de vista el fundamento del *a quo* relativo a la necesidad de tener en cuenta los imperativos de la seguridad jurídica y contemplar el interés de terceros de buena fe, como lo son los acreedores, a quienes no puede exigirse un constante examen sobre los antecedentes relativos a la forma de elegirse las autoridades de la sociedad anónima” (CS, 04/09/1968, “Frigorífico Setti SA s/ convocatoria, hoy quiebra”, RDCO, 1970, ps. 239-259, con comentario de CUSNIR, Ana R., “Directores de facto y teoría de la apariencia”, ps. 239-261).

Al solo efecto descriptivo, distingo dos supuestos. En primer lugar, el sujeto que no cuenta con ningún acto de designación formal. Me refiero al que administra o representa de hecho con la connivencia de los otros integrantes de los órganos, debido a los especiales vínculos de aquel con estos. Tal el caso de quien fue socio y administrador de una sociedad quebrada y prosiguió su actividad con una nueva cuyos socios son meros prestanombres. Claro que esto también es factible sin un escenario de quiebra previo, que utilice prestanombres en la administración para no integrar formalmente el órgano y, así, eludir las eventuales responsabilidades inherentes al cargo. Asimismo, el motivo para administrar o representar de hecho puede ser una incapacidad de derecho que impide su designación formal.

En segundo lugar, están los supuestos en los que hubo una designación, pero esta no es suficiente por diversas razones. Cito dos ejemplos: a) administradores o representantes con su cargo extinguido (por ejemplo, por una renuncia ya aceptada o por remoción ya resuelta) que continúan con el ejercicio del cargo (7), y b) administradores o representantes designados que inician su gestión antes del plazo establecido.

Finalmente, vale aclarar que no es un administrador o representante de hecho el que fue legalmente designado y se mantiene en el ejercicio del cargo porque aún no fue reemplazado. No hay ningún defecto formal en esta ocupación del cargo, sino el cumplimiento de un deber legal razonable, habida cuenta de los severos inconvenientes que trae la acefalía del órgano de administración. Aunque no hay una norma general que así lo prevea, algunas especiales permiten

directivas e instrucciones de la dirección del grupo y no de sus propios órganos sociales. La existencia de una dirección unificada efectiva —rasgo típico de los grupos de sociedades— por encima de la estructura de administración orgánica de cada sociedad, representa una administración de hecho por quien no reviste formalmente la calidad de administrador de derecho” (OLIVERA GARCÍA, Ricardo, “Responsabilidad del administrador societario,” edición privada, Montevideo, 2019, p. 72).

(7) ALLENDE, Lisandro A., “Administradores de hecho,” en *El directorio en las sociedades anónimas (Estudios en Homenaje al Profesor Consulto Dr. Carlos S. Odriozola)*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1999, p. 277.

llegar a esa conclusión (por ejemplo, el art. 257, último párr., de la ley 19.550 establece que los directores de las sociedades anónimas deben permanecer en su cargo hasta ser reemplazados luego del vencimiento del plazo de su designación).

III. Alcances

En toda persona jurídica puede haber un administrador o un representante orgánico de hecho. Sin embargo, como vimos, solo algunas tienen normas específicas al respecto que nos permiten comprender qué consecuencias tiene. O puede suceder que en algún ámbito específico de nuestro ordenamiento haya una disposición que no discrimine según el tipo, pero que, en definitiva, se aplique a alguna situación puntual que no permite generalizar. Esto lleva a la pregunta de si hay un régimen legal general implícito de los administradores y representantes de hecho para todas las personas jurídicas privadas y en todas las materias en las que pueda tener algún efecto.

Dada la inexistencia de un régimen general, una interpretación estricta dirá que tanto los supuestos como las consecuencias de la administración y representación de hecho son las establecidas por una norma expresa. Así, por ejemplo, podría tener efectos en el supuesto de la simple asociación y con los alcances establecidos en el mencionado art. 191 del Cód. Civ. y Com. (que el sujeto sea un miembro del ente —no un tercero que administra de hecho— y su efecto es que es responsable solidario por obligaciones suscriptas durante su administración).

Pese a no contar con un régimen general, entiendo que el administrador y el representante de hecho son conceptos aplicables a toda especie de persona jurídica. El fundamento lo podemos encontrar a partir del principio general de la buena fe (art. 9º, Cód. Civ. y Com.). Este impone deberes implícitos de obrar con lealtad y honestidad. Este principio general es el fundamento de dos teorías que abonan la conclusión que di.

Por un lado, la doctrina de los actos propios. Esta limita el ejercicio de un derecho por la protección de la confianza suscitada en un comportamiento antecedente que luego se pretende

desconocer **(8)**. Básicamente, en virtud de esta doctrina, una persona no puede invocar hechos que contradigan sus propias afirmaciones o conductas previas **(9)**. Como lo prevé el art. 1067 del Cód. Civ. y Com. (respecto de la interpretación de los contratos), es “inadmisibile la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”. Llevado a los casos del administrador y del representante de hecho, ni estos ni la persona jurídica podrían fundar una defensa en la falta de designación o en la extinción del cargo, puesto que siempre actuaron como si esa designación hubiese existido.

Por otro lado, la teoría de la apariencia da validez a un acto celebrado por un tercero que desconoce que la situación jurídica aparente no condice con la real. En materia de representación voluntaria (art. 367, párr. 1º, Cód. Civ. y Com.), si alguien actúa “[d]e manera de inducir a un tercero a celebrar un acto jurídico, dejándolo creer razonablemente que negocia con su representante, sin que haya representación expresa, se entiende que le ha otorgado tácitamente poder suficiente”.

Esta norma no aplica precisamente al administrador de hecho, dado que su objeto es la representación (y voluntaria). No obstante, creo que la doctrina que emana de la norma es relevante y pertinente para el caso. La persona jurídica debe hacerse cargo de haber creado una situación aparente que no condice con la real **(10)**. La apariencia, en este caso, no tiene que ver con realidad de ser un administrador. Es decir, el administrador de hecho, en los términos definidos, es un sujeto que ejerce el cargo. No hay nada irreal en eso. Sí lo hay, en cambio, en el aspecto formal de su designación, puesto, por un motivo u otro, no está debidamente designado. La disposición tiene mayor afinidad con el representante

orgánico de hecho. Reitero que es una norma sobre representación voluntaria, pero la aplicación por analogía es razonable. Es que, en definitiva, el representante orgánico aparente responde a la característica común que analizamos en esta parte: ejerce una función, pese a no contar con una legitimación formal suficiente. Lo denomino “de hecho” porque lo trato junto con el administrador en cuanto a sus características esenciales y consecuencias jurídicas fundamentales, pero un representante de hecho es un representante aparente.

Por último, como vimos, algunas disposiciones prevén la figura del administrador de hecho respecto de ciertas personas jurídicas. Ante el vacío legal, es razonable tratar con las mismas normas a los administradores de hecho de todas las personas jurídicas en este aspecto en virtud de la analogía.

IV. Consecuencias jurídicas

Como pauta general, lo que sucederá cuando haya un administrador o un representante orgánico de hecho será la aplicación de las mismas normas que se utilizarían de haber sido un administrador o un representante orgánico de derecho. En primer lugar, entonces, los actos realizados por aquellos se imputarán a la persona jurídica.

¿Qué sucede con la responsabilidad? Los terceros podrán reclamar a la persona jurídica las consecuencias dañosas de lo actuado por sus administradores y representantes orgánicos de hecho en ejercicio o en ocasión de sus funciones (art. 1763, Cód. Civ. y Com.). Además, pueden dirigir sus acciones contra el administrador o el representante orgánico de hecho por los daños causados por su culpa en el ejercicio o con ocasión de sus funciones, por acción u omisión (art. 160, Cód. Civ. y Com.). Con respecto a la persona jurídica y sus miembros, el administrador y el representante orgánico están sujetos a las mismas acciones de responsabilidad que los administradores de derecho.

Esta pauta general sobre aplicación de las normas de los administradores y representantes de derecho tiene que ser adecuada a la situación particular. Cada especie de persona jurídica y estatuto pueden presentar elementos relevantes que hagan variar la consecuencia en cada caso. Por citar un elemento a considerar, no es lo mismo un órgano de actuación indistinta, conjunta

(8) LÓPEZ MESA, Marcelo J. - ROGEL VIDE, Carlos, “La doctrina de los actos propios”, Ed. Reus - Ed. B de F, Madrid, Montevideo y Buenos Aires, 2005, p. 91.

(9) *Ibidem*, p. 89.

(10) Otra norma que da cuenta de los efectos de que un sujeto permita que otro actúe en su interés, pese a carencias formales, está prevista en el art. 1319, Cód. Civ. y Com., que establece lo que sigue (parte pertinente): “Si una persona sabe que alguien está haciendo algo en su interés, y no lo impide, pudiendo hacerlo, se entiende que ha conferido tácitamente mandato”.

o colegiada. No voy a profundizar aquí sobre el tema. Sí quiero señalar una conclusión en cuanto a la posible extensión de las normas expresas.

Respecto de esto último, tomo como ejemplo el art. 52, párr. 2º, de la ley 27.349, que prevé lo siguiente para los administradores de la sociedad por acciones simplificada: “Las personas humanas que sin ser administradoras o representantes legales de una SAS o las personas jurídicas que intervinieren en una actividad positiva de gestión, administración o dirección de la sociedad incurrirán en las mismas responsabilidades aplicables a los administradores y su responsabilidad se extenderá a los actos en que no hubieren intervenido cuando su actuación administrativa fuere habitual”.

La norma es útil porque, por un lado, establece la pauta general que señalamos, pero limitada a la cuestión de la responsabilidad: al administrador de hecho se le aplicarán las mismas responsabilidades que a los administradores de derecho. Parece un estándar mínimo de consecuencias de la administración de hecho. Adicionalmente, la disposición agrava su responsabilidad, puesto que lo hace responsable, aunque no hubiese intervenido en el acto dañoso, si su actuación administrativa es habitual.

La interpretación literal de la norma es discutible, si lo previsto es una responsabilidad pese a no haber una conducta desleal o negligente. Ni siquiera los administradores formales tienen ese grado de responsabilidad por el solo hecho de administrar habitualmente la persona jurídica (por ejemplo, en un órgano de administración de actuación indistinta, el responsable es el que realiza el acto; no todos los integrantes habituales del órgano). Analicé la norma en otro artículo (11). Lo que quiero señalar es que este tipo de sanciones que agravan la responsabilidad o que exceden el estándar mínimo mencionado solo pueden aplicarse a los casos específicamente previstos por la ley. Por lo tanto, por ejemplo, no podría aplicarse esa sanción si el que administra de hecho lo hace en una fundación o sociedad de responsabilidad limitada.

(11) SÁNCHEZ HERRERO, Pedro, “Responsabilidad de los administradores y representantes orgánicos de la SAS”, AR/DOC/1786/2021.

Por último, aunque hay que analizar cada caso en particular, es factible que el administrador de derecho sea responsable por la actuación del administrador o el representante de hecho. Si este actúa y produce un perjuicio, es probable que haya alguna responsabilidad por omisión no acorde con la lealtad y diligencia con la que debe conducirse (art. 159 del Cód. Civ. y Com.).

V. Fallos judiciales

Sin ánimo de exhaustividad, voy a reseñar algunos fallos de nuestra jurisprudencia. El denominador común es que fueron responsabilizados sujetos que ejercían el cargo de administrador, pese a que no estaban formalmente designados como tales.

Las sentencias no siempre desarrollaron la noción del administrador de hecho. Sin embargo, la consecuencia práctica de la resolución fue la propia de aplicar esa figura. Adelanto que la mayoría de los supuestos tratan sobre reclamos de personas en relación de dependencia. Es lógico: esas personas están en la cocina de la actividad social y pueden probar la actuación del administrador de hecho (fundamentalmente, por testigos, que son sus compañeros o compañeras de trabajo), lo cual es más complejo para los ajenos a la empresa. Como dije, al administrador de hecho le aplicamos las mismas normas que a los de derecho. Por consiguiente, todos los ámbitos de la responsabilidad podrían caberle al administrador de hecho.

Voy a seguir un criterio cronológico y señalaré en el título en pocas palabras las razones o pruebas utilizadas en cada causa para establecer por qué el sujeto en cuestión es un administrador de hecho, que es lo específicamente complejo de este tema.

V.1. Fallo “Frate” (12) (*papel con membrete, uso de sede social y testigos*)

En esta causa judicial, un sujeto que había sido presidente del directorio de una sociedad anónima firmó un documento por el cual obligaba a la sociedad por un mutuo. Instada la acción por incumplimiento, la sociedad negó la imputación del acto al ente porque el sujeto mencionado no era más presidente del directorio a la época de la celebración. Incluso, esa cesación había sido ins-

(12) CNCom., sala D, 19/10/1987, “Frate, Gustavo G. c. Cavi SA”, RDCO, 1988, ps. 610-612 (extracto).

cripta. La defensa fue rechazada y la acción procedió. A tal efecto, el tribunal tuvo en cuenta distintas pruebas que llevaron a la convicción de que el ente había consentido o tenido un desconocimiento negligente de la apariencia de representación hecha por el expresidente del directorio. Algunas de las pruebas consideradas fueron que usó un papel con membrete de la empresa (aunque la firma no aclaraba que era en representación de la sociedad), el acto fue celebrado en la sede social y un testigo señaló que invocó la representación de la persona jurídica. El tribunal agrega que, para la aplicación de la Teoría de la apariencia, es indiferente si el sujeto representante aparente fue representante o no, puesto que lo relevante es que la apariencia creada haya sido tolerada o culpablemente ignorada por la sociedad.

V.2. Fallo “SIM” (13) (participación en reuniones del órgano)

En este caso, varios administradores de una sociedad apelaron la medida cautelar de inhibición general de bienes resuelta en su contra en primera instancia. Me concentro en una de las apelantes, que era directora suplente. Por tal razón, adujo que no podría ser responsable eventualmente y, por lo tanto, que no le podía alcanzar la medida cautelar. El recurso fue rechazado. Por un lado, porque la acción incluía hechos dañosos producidos cuando la suplente era directora titular. Por otro, y relevante aquí, porque la suplente intervino en actos del órgano de administración. Puntualmente, participó de reuniones de directorio cuyas actas suscribió sin especificar a título de qué lo hacía. Con la provisionalidad típica de las medidas cautelares en cuanto a la acreditación de los hechos, el tribunal consideró que esos hechos eran suficientes para confirmar la medida cautelar contra la directora suplente.

V.3. Fallo “Jumilla” (14) (órdenes de trabajo, pago de remuneraciones y representación)

La sentencia de esta causa judicial confirmó la condena solidaria con la sociedad y directores de esta a un director suplente por todos los daños

producidos a un empleado indebidamente registrado. Pese a ser suplente, el tribunal consideró que “actuaba como un verdadero empleador”, dado que los testigos (otros empleados) manifestaron que era el “patrón” que les daba órdenes de trabajo y les pagaba la remuneración. También incidió el hecho de que el suplente actuó en sede administrativa por el conflicto laboral en representación de la sociedad. Dados estos hechos, la conclusión fue que el suplente participó en forma activa en la administración del ente y, por consiguiente, no podía desconocer el indebido registro de la relación laboral.

V.4. Fallo “Peña” (15) (“ejercicio” del cargo de suplente)

Este fallo es un poco desconcertante con respecto a la figura del administrador de hecho. Probablemente lo sea porque la sentencia no expone hechos o pruebas al respecto (aunque tampoco indica que las haya). Con esta salvedad, paso a sintetizarlo. Una empleada inició una demanda contra la sociedad empleadora y dos personas humanas. Una de estas era administradora titular y la otra su suplente. El objeto del reclamo eran diversos rubros debidos en función de un despido fundado en la falta de registro de la relación laboral. La demanda fue admitida contra la sociedad y las dos personas humanas por aplicación de la inoponibilidad de la personalidad jurídica (art. 54, párr. 3º, ley 19.550) y por la responsabilidad por incumplimiento de los deberes como administradores.

Lo que señalo aquí es que la administradora suplente fue responsabilizada porque “se encontraba ejerciendo tales funciones mientras se desarrolló la relación laboral entre las partes”. Incluso, sostiene lo siguiente: “Deseo destacar además que en el caso de examen no cabe la menor diferenciación entre director titular o suplente, dado que al encontrarse en ejercicio de sus funciones (por más que fuera en su calidad de suplente) la Sra. Del Valle Rossitto no podía desconocer la actitud fraudulenta con la que obraba la empresa” (16). Como dije, la sentencia no explica qué pruebas fueron producidas. De su texto solo sur-

(13) V. CNCom., sala D, 19/08/2008, “Sim SA c. Alarcón, María Etelvina”, AR/JUR/10527/2008.

(14) CNTrab., sala III, 18/12/2008, “Jumilla, Julio A. c. Skyplast SA y otros”, AR/JUR/24412/2008.

(15) CNTrab., sala VII, 30/12/2009, “Peña, Graceda E. c. Call Business SA y otros”, AR/JUR/63554/2009.

(16) *Ibidem*.

ge que lo que ejercía la demandada era la suplencia del cargo. La expresión es un contrasentido, por supuesto, porque está claro que los suplentes no ejercen el cargo de administradores. Y del fallo no surge que fuese una administradora de hecho. Como sea, el tribunal dejó sin efecto la admisión de la excepción de falta de legitimación pasiva de la suplente y la condenó solidariamente.

V.5. Fallo “Dolgay” (17) (manejo de la empresa y directivas al personal)

Esta es otra causa judicial por un empleo indebidamente registrado. Fueron condenados solidariamente a resarcir todo el perjuicio a la parte actora tanto la sociedad como un accionista. Este no era director de la sociedad. Sin embargo, los testigos relataron su activa participación en el manejo de la empresa y su personal. Además, lo identificaron como un “responsable” y que era “quien impartía las directivas”. En virtud de esto, fue considerado civilmente responsable conforme con lo previsto en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

V.6. Fallo “RAF” (18) (participación activa, recibos y tratativas conciliatorias)

Esta causa judicial tuvo como objeto los daños producidos a un empleado por estar indebidamente registrado. Tanto la sociedad de responsabilidad limitada empleadora como su gerente fueron condenados solidariamente. También lo fue el gerente suplente, de conformidad con el argumento de la parte actora en el sentido de que mantuvo “una actividad constante en el desarrollo de la sociedad demandada”. La prueba de esto fueron dos declaraciones testimoniales que dieron cuenta, entre otros hechos, de que el suplente participaba en la actividad cotidiana de la sociedad, firmaba recibos, recibía instrucciones de un socio mayoritario que vivía en el extranjero y fue quien “se presentó a dar explicaciones cuando no llega-

ba la plata de Italia para pagar los sueldos, pidiéndoles que tuvieran un poco de paciencia”.

V.7. Fallo “Cousirat” (19) (participación activa, instrucciones y recibos)

En este fallo de nuestra jurisprudencia, un empleado demandó a la sociedad empleadora por el indebido registro de la relación laboral. Dirigió sus pretensiones también contra un socio y director suplente. Este fue condenado porque el tribunal consideró acreditado que no era simplemente un socio de la sociedad, sino que tuvo una “actitud activa de gestión en la empresa”. A tal efecto, tuvo en cuenta que los testigos señalaron que el demandado daba órdenes e instrucciones, “estaba siempre” en el establecimiento y firmaba recibos. Aunque no utilizó la expresión “director de hecho” o una análoga, el tribunal entendió que la conducta del socio y director suplente era contraria a la diligencia de un buen hombre de negocios, conforme con lo establecido en los arts. 59 y 274 de la ley 19.550.

V.8. Fallo “Taborda” (20) (socia mayoritaria con poder general)

Por último, reseño otro fallo laboral por empleo mal registrado. Naturalmente, la empleadora fue condenada por los daños producidos al empleado, pero también lo fue una socia mayoritaria. La sentencia no desarrolla ni menciona la figura del administrador de hecho. No obstante, por un lado, puntualiza que la socia tenía una parte sustancial de las participaciones sociales (el 90%). Por otro, que contaba con un poder otorgado por el gerente de la sociedad con amplias facultades de administración y representación. Ambos hechos llevan a la convicción del tribunal de que no era una “simple cuotapartista”, por lo que “no podía desconocer la existencia de la referida irregularidad registral”. A partir de esta conclusión, el tribunal establece su responsabilidad en función de los deberes de la administración y las normas que sancionan su incumplimiento (arts. 59 y 157, ley 19.550).

(17) CNTrab., sala II, 20/03/2013, “Dolgay Hundewadt, María Valeria c. Vadelux SA y otro s/despido”, AR/JUR/12842/2013.

(18) CNTrab., sala VII, 31/03/2014, “A., S. E. y otros c. RAF L Sudamérica SRL y otros s/despido”, AR/JUR/14191/2014.

(19) CNTrab., sala VI, 30/11/2016, “Cousirat, Ariel D. c. Kocinarte SA y otros s/despido”, AR/JUR/94973/2016.

(20) CNTrab., sala IX, 16/05/2019, “Taborda, Pablo E. c. Voguee SRL y otro s/despido”, AR/JUR/11016/2019.

DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

ADOPCIÓN INTERNACIONAL

Información sumaria. Admisión. Realización del proyecto de vida familiar.

Con nota de Leandro Baltar

1. — Aun cuando en nuestro derecho positivo se restringe la aplicación de la adopción internacional con relación a los niños con residencia habitual en la República Argentina, la legislación nacional no prohíbe la adopción de un niño en el extranjero, al asignar como marco regulatorio de tal situación las leyes que rigen en el domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (arts. 2636 y 2637, Cód. Civ. y Com.) y admitir la posibilidad de transformar en el régimen de adopción plena la concedida en el extranjero (art. 2638, Cód. Civ. y Com.). Por ende, la única opción es recurrir ante un juez argentino para que, mediante una información sumaria, requiera los exámenes pertinentes, tanto psicológicos como ambientales, y dicte luego una sentencia que apruebe o no dicha información sobre la idoneidad para adoptar en un país extranjero. Ello, con independencia de lo que decida sobre la procedencia de la adopción el juez competente en el país en que se promueva, de acuerdo con la normativa aplicable en el derecho interno.
2. — La decisión de la accionante de iniciar el proceso de adopción internacional en la República de Haití, en tanto no está prohibida por las leyes locales, recepta el principio de autonomía personal, del que se deriva la libre elección por parte de cada individuo de su plan de vida, por lo que no puede interferir el Estado ni los demás individuos, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y los ideales de virtud que cada uno sustente.
3. — La facultad de la pretensa adoptante nacional de peticionar los trámites en sede judicial de su país de origen para obtener la documentación necesaria para iniciar el proceso de adopción en el extranjero y concretar así su proyecto familiar es un derecho que debe reconocerse, más cuando dicho trámite solo puede realizarse en el país, ya que el art. 7º de la ley de adopciones de Haití establece que en el caso de la adopción internacional los solicitantes deben ser considerados aptos y capaces de ser adoptantes por las autoridades competentes de su país de residencia habitual. De otro modo, no solo se afectaría el acceso a la justicia del peticionante, sino también el derecho de los niños

a crecer en el seno de una familia, lo que alcanza a toda la infancia más allá de su lugar de residencia, ya sea para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en la Argentina o allende sus fronteras.

CNCiv., sala K, 28/12/2021. - R., M. A. s/ información sumaria.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/204054/2021]

Expte. n° CIV 041210/2021

2ª Instancia.- Buenos Aires, 28 de diciembre de 2021.

Considerando:

I. Contra el pronunciamiento del 13 de julio de 2021, apela la señora M. A. R., cuyo memorial de agravios fue presentado el 12 de agosto de 2021. La Defensora de Menores de Cámara se expidió el 29 de septiembre de 2021 y el Fiscal de Cámara el 21 de diciembre de 2021.

II. La actora promovió esta información sumaria para solicitar la producción de determinadas pruebas con el objeto de postularse para tramitar una adopción internacional que se llevará a cabo en la República de Haití. Sostiene que las pruebas que se incorporen serán utilizadas por la autoridad administrativa "Institut du Bien-Être Social et de Recherches" (IBSER) con domicilio en Port au Prince, Haití y, luego, las autoridades judiciales de Haití le otorgarán, en su caso, la adopción plena de un niño o niña. Concretamente, requiere mediante este proceso que se declare su idoneidad o aptitud para adoptar un niño o niña a efectos de tramitar una adopción internacional en Haití.

Señaló que la adopción en Haití se realiza en una primera instancia administrativa por el "Instituto de Bienestar Social e Investigación" (IBSER) que es la autoridad central que autoriza la adopción, conforme las normas y procedimientos administrativos establecidos por el IBSER antes de la remisión a los tribunales competentes. Destacó que, en una segunda etapa que es judicial, la adopción es decretada a través de la autoridad judicial mediante sentencia.

Indicó que la ley aplicable a la adopción que se producirá eventualmente es la ley de Haití por tratarse de una adopción internacional a realizarse en dicho país y no la ley 25.854 respecto a las adopciones a realizarse en la República Argentina. Refirió que el art. 7 de la ley de adopción haitiana establece que, en el caso de la adopción internacional, los solicitantes deben ser considerados aptos y capaces de ser adoptantes por las autoridades competentes del país de su residencia

habitual. Mencionó que esta directiva legal es el fundamento de su pedido. Indica que el art. 47 y siguientes de la citada ley establece que las personas que deseen adoptar en Haití deben presentar su solicitud a la Autoridad Central en su país de residencia para las adopciones internacionales. Si la Autoridad Central de Haití en los casos de las adopciones nacionales o las autoridades competentes del Estado receptor en el caso de adopciones internacionales, considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga la información sobre su identidad, capacidad jurídica y para adoptar, antecedentes médicos y familiares, el entorno social, los motivos de su adopción, la capacidad para llevar a cabo la adopción, así como los niños de los cuales serían capaces de hacerse cargo. Adujo que, una vez asignado el niño al o los pretendientes adoptantes y luego de aceptada, la Autoridad Central de Haití autoriza un período de vinculación y emite un informe al respecto que es remitido al tribunal competente a efectos, en su caso, de homologar la adopción. Solicita pues la revocación de la decisión, pues se trata de una simple petición para que, de acuerdo a las pruebas producidas, se pondere la idoneidad de la postulante para adoptar un niño o niña en Haití.

III- El juez de grado desestimó la información sumaria con fundamento en que la petición excede el ámbito de competencia de su tribunal. El magistrado señaló que, en nuestro país, se implementó el Registro Único de Adoptantes en el cual se incorporan los postulantes que fueron evaluados y aprobadas sus peticiones en los registros locales que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde al RUAGA. Sostuvo que las evaluaciones requeridas por la peticionante sean realizadas por el RUAGA y luego, eventualmente, sean autenticadas y localizadas por los canales habituales para validar constancias públicas expedidas por los órganos estatales y, en su caso, hacerlas valer en el país en el cual la peticionante pretenda postularse.

Frente al rechazo de la información sumaria, la actora adujo en su memorial de agravios que la legislación de fondo aplicable al caso, en tanto no se realizará una adopción nacional, sino en el extranjero, es la ley Haitiana. En función de ello, sostiene que no es el RUAGA la institución que debe evaluar su idoneidad, en tanto dicha institución interviene en el caso de adopciones nacionales. Considera que, en la República Argentina, la única vía para lograr la producción de informes psicológicos y la encuesta ambiental que se considere oficial es la realizada en el marco de un proceso judicial. Señaló que nuestro país no cuenta con un organismo oficial internacional o agencia habilitada que emita el certificado de idoneidad con carácter oficial que exigen los gobiernos extranjeros. Destaca que la decisión arribada implica una denegación de

justicia ya que dejaría sin vía adecuada para poder postularse para adoptar un niño en Haití. Señala también que la decisión impugnada infringe la directiva del art. 19 de la Constitución Nacional.

La Defensora de Menores e Incapaces de Cámara consideró que no es parte atento no encontrarse involucrado ningún niño, niña o adolescente y por cuanto no se puede afirmar con seguridad que el proceso de adopción que los accionantes pretenden iniciar necesariamente vaya a concretarse.

Por su parte, el Fiscal de Cámara entendió que no corresponde admitir la tramitación de peticiones como la que dio origen a estas actuaciones.

IV- La información sumaria es una actuación tendiente a reunir los elementos probatorios conducentes a que la autoridad competente tome una decisión, cuando existe duda sobre determinados hechos. No constituye un procedimiento contradictorio, sino que se encuentra limitado a la verificación de una situación de hecho y la decisión a la que se arribe no causa estado porque se trata de una acción no contenciosa, voluntaria, tendiente a constatar hechos no controvertidos y sin intervención de contraparte (CNCiv Sala M, "Reales Nancy Judith s/ información sumaria", R. 491013, del 2/5/2008).

Este tipo de proceso, que no es objeto de regulación expresa es, en definitiva, el procedimiento mediante el cual la parte allega al expediente prueba tendiente a constatar hechos que no son controvertidos, en cuanto se ofrecen "inaudita parte", y que han de servir para dictar otra medida (conf. Fassi, C. S., "Código Procesal Civil y Comercial Comentado", Ed. Astrea, págs. 518/9).

La finalidad de la presente es producir determinadas pruebas tendientes a acreditar la idoneidad de la solicitante para ser adoptante, la que deberá integrar los trámites de adopción que, según afirma, llevará a cabo ante el "IBERS" de la República de Haití, que es el organismo administrativo competente en ese país para el trámite de adopción.

Cabe señalar que la adopción internacional se da en aquellas situaciones en las que un niño o niña que reside en un Estado es adoptado por una persona o personas con domicilio o residencia habitual en otro.

La adopción internacional reconoce su instrumento principal en el Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993, relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional, que entró en vigor el 1° de mayo de 1995 y entre cuyos Estados signatarios, se encuentra Haití, mas no Argentina. El referido tratado establece que cada país

parte tendrá una Autoridad Central encargada de la ejecución de los deberes allí implementados.

En el caso de Haití, a raíz de la ratificación del convenio, se sancionó la nueva ley de adopciones en la que se establecen estrictos requisitos para las adopciones, entre los cuales se encuentra la canalización de todas las peticiones a través de una autoridad central o un organismo acreditado por el Estado y aceptado en Haití (Conf. Castro, Florencia, “Una acertada decisión de la justicia argentina en materia de adopción internacional de niños. La especial situación de las adopciones en Haití a partir de la nueva ley de adopción”, DFyP 2014-I, diciembre de 2014).

El mencionado instrumento internacional no funciona autónomamente, sino que busca efectivizar los derechos establecidos en la Convención sobre los Derechos del Niño, que, en nuestro país, integra el bloque de constitucionalidad federal (art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional). En particular, el art. 21 de la citada Convención establece que los Estados-Partes deberán velar porque el interés superior del niño sea la consideración primordial en todas las situaciones reconociendo que la adopción en otro país puede ser considerada como otro medio de cuidar del niño, en el caso de que este no pueda ser colocado en un hogar de guarda o entregado a una familia adoptiva o no pueda ser atendido de manera adecuada en el país de origen. Asimismo, se establece que los Estados parte deberán esforzarse por garantizar que la colocación del niño en otro país se efectúe por medio de las autoridades u organismos competentes.

Si bien es cierto que la República Argentina hizo reserva al momento de ratificar la Convención sobre los Derechos del Niño respecto de la adopción internacional (art. 21, incisos “b”, “c” y “d”) con fundamento en que previamente debería contarse con un mecanismo riguroso de protección legal del niño a los efectos de evitar su tráfico y venta (art. 2 de la ley 23.849), cabe destacar que una reserva constituye una declaración unilateral de un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un Tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación con ese Estado (art. 2º inc. d, de la Convención de Viena). En virtud de ello, la reserva realizada implica que ha quedado prohibida en nuestro país –hasta tanto se den las condiciones de rigurosidad en esa materia– la adopción internacional, para que ningún niño que habita suelo argentino sea afectado por el delito de venta y/o tráfico infantil (conf. Barrionuevo, Matías, “La Convención de los Derechos del Niño en el Derecho Argentino”, *elDial.com* - DC 1917).

Entonces, aun cuando en nuestro derecho positivo se restringe la aplicación de la disposición convencio-

nal referida a la adopción internacional con relación a los niños con residencia habitual en la República Argentina, nuestra legislación no prohíbe la adopción de un niño en el extranjero, al asignar como marco regulatorio de tal situación las leyes que rigen en el domicilio del adoptado al tiempo de la adopción (arts. 2636 y 2637, CCCN) y admitir la posibilidad de transformar en el régimen de adopción plena la concedida en el extranjero (art. 2638, CCCN).

Por otro lado, cabe destacar que esta acción promovida no constituye un trámite judicial de adopción en el ámbito interno —en el que sí sería competente el RUAGA— sino un procedimiento tendiente a recopilar información para que luego el magistrado brinde —en base a los informes producidos— opinión sobre la idoneidad de la postulante, conforme los cánones requeridos en el país de destino.

Los países que aceptan la adopción de niños por eventuales adoptantes residentes en otros países requieren que la idoneidad o la capacidad de los solicitantes emane de un organismo oficial. Mientras que países como Estados Unidos, España, Italia, Francia, entre otros, reconocen a las ECAIS (Entidades Colaboradoras de Adopción Internacional), o agencias licenciadas por los gobiernos que se encuentran habilitadas para tramitar adopciones internacionales, en Argentina no hay ningún organismo oficial internacional de tipo análogo que se encuentre habilitado (Conf. Scotti, Luciana R., “La adopción internacional a la luz de las normas y la jurisprudencia Argentinas”).

Por ende, la única opción que se ha revelado como posible en un país como el nuestro es recurrir ante un juez argentino para que mediante una información sumaria requiera los exámenes pertinentes, tanto psicológicos como ambientales, para dictar luego una sentencia que apruebe o no dicha información sobre la idoneidad para adoptar en un país extranjero (conf. CNCiv., Sala M., G., S. M. s/información sumaria, del 28/03/2014, AR/JUR/11275/2014; en igual sentido, Quaini, Fabiana Marcela, “La adopción internacional. Una perspectiva desde Argentina”, *Revista de Derecho de Familia y de las Personas, La Ley*, Septiembre de 2011, Año III, N° 8, pág. 32). Ello, con independencia de lo que decida sobre la procedencia de la adopción el juez competente en el país en que se promueva, de acuerdo a la normativa aplicable en el derecho interno.

Desde otra óptica, cabe destacar que, mediante el dictamen del 23 de febrero de 2010, la señora Defensora General de la Nación reseñó que nuestro país hizo reserva del art. 21 de la Convención de los Derechos del Niño, pero de ninguna manera eso implica que estuviera prohibida la adopción de niños en el extranjero por parte de nacionales o que no se reco-

nozca una sentencia extranjera de adopción cuando cumple con todos los requisitos; y que la decisión de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre que, en la medida que no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado, en virtud del principio de reserva consagrado en el art. 19 de la Constitución Nacional.

Atenor de la citada norma de nuestra Carta Magna, la decisión de la accionante de iniciar el proceso de adopción internacional en la República de Haití, en tanto no está prohibida por las leyes locales, recepta el principio de autonomía personal, del que se deriva la libre elección por parte de cada individuo de su plan de vida, por lo que no puede interferir el Estado ni los demás individuos, limitándose a diseñar instituciones que faciliten la persecución individual de esos planes de vida y los ideales de virtud que cada uno sustente (Nino, Carlos Santiago, “Ética y Derechos Humanos”, 2ª edición, 1989, Ed. Astrea, Bs. As., ps. 204 y ss.).

El principio de autonomía resalta y protege la libre elección de planes de vida e ideales de excelencia humana por los que opta cada persona, por lo que veda cualquier interferencia, siempre que no cause daño a los demás (Nino, Carlos Santiago, “Fundamentos de Derecho Constitucional”, Ed. Astrea, Bs. As., p. 304).

Por consiguiente, la facultad de la pretensa adoptante nacional a peticionar los trámites en sede judicial de su país de origen para obtener la documentación necesaria para iniciar el proceso de adopción en el extranjero y concretar así su proyecto familiar es un derecho que debe reconocerse, más cuando dicho trámite solo puede realizarse en el país, ya que el

art. 7° de la ley de adopciones de Haití establece que en el caso de la adopción internacional, los solicitantes deben ser considerados aptos y capaces de ser adoptantes por las autoridades competentes de su país de residencia habitual.

Es que, de otro modo, no solo se afectaría el acceso a la justicia del peticionante, sino también el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia, lo que alcanza a toda la infancia más allá de su lugar de residencia, ya sea para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en la Argentina o más allá de sus fronteras.

Por las consideraciones expuestas, corresponde revocar la decisión recurrida.

Por las razones expuestas, oído el Fiscal de Cámara, el Tribunal *resuelve*: Revocar la resolución del 13 de julio de 2021, con costas por su orden atento no mediar contradictorio (art. 68, segundo párrafo del Código Procesal). Regístrese de conformidad con lo establecido con el arts. 1° de la ley 26.856, 1° de su Decreto Reglamentario 894/2013; y 1, 2, y Anexo de la Acordada 24/13 de la CSJN; a tal fin notifíquese a las partes por Secretaría. Cumplido, devuélvanse las actuaciones a la instancia de grado. Se deja constancia que la difusión de la presente resolución se encuentra sometida a lo dispuesto por el art. 164, segundo párrafo del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. En caso de su publicación, quien la efectúe asumirá la responsabilidad por la difusión de su contenido. Se deja constancia que la vocalía 32 se encuentra vacante. — *Silvia P. Bermejo. — Ricardo L. Rosi.*

La adopción en el extranjero por pretensos adoptantes locales

Solución judicial ante un problemático rigorismo formal

Leandro Baltar^(*)

Sumario: I. Introducción.— II. La situación en la Argentina.— III. Los hechos del caso.— IV. Análisis y reflexiones.

I. Introducción

La adopción es entendida como una institución jurídica restitutiva de derechos, la cual tiene por objeto proteger, restaurar y garantizar los derechos que le fueron vulnerados a niñas, niños y adolescentes (NNyA). En particular, el derecho a vivir en una familia, ya que es este el que le permitirá poder desarrollar, ejercer y garantizar el cumplimiento de todos los derechos fundamentales de la infancia.

Para que caiga dentro de la órbita del derecho internacional privado (DIPr) es necesario que cuente con elementos de extranjería relevantes, pues va de suyo que estamos ante un interés privado en juego sin lugar a dudas.

La internacionalidad, es decir, detectar cuál o cuáles de los elementos de ella son relevantes para darle esta característica cuenta con un reconocimiento y consenso universal. Estamos ante un supuesto en el cual los futuros adop-

tantes están domiciliados en un Estado distinto respecto del futuro adoptado, sin importar la nacionalidad de ellos (1). Adriana Dreyzin de Klor mantiene este razonamiento dando una definición mucho más amplia y acogedora. Para esta autora, los elementos capaces de determinar la internacionalidad pueden consistir en el domicilio o residencia incluyendo aquellos supuestos donde el vínculo fuera otorgado en el extranjero y se pida el reconocimiento en otro país, o cuando se otorgue la guarda del menor de edad en un país con el fin de constituir la adopción en el domicilio del adoptante (2). De igual manera, como lo hace Nieve Rubaja, merece destacarse aquellos supuestos donde una adopción nazca completamente interna o doméstica pero que posteriormente devenga en internacional por cuestiones, por ejemplo, donde los adoptantes y adoptados muden el domicilio o residencia habitual del Estado donde fuera otorgada a otro país (3). Finalmente, puede citarse a Nuria González Martín, quien entiende por adopción internacional como aquel "acto jurídico que celebran personas con residencia habitual fuera

(*) Abogado; magíster en Derecho Internacional Privado (UBA); doctorando en Derecho Internacional (UBA); becario doctoral (UBACyT); docente de Derecho Internacional Privado y Derecho de la Integración (Facultad de Derecho, UBA); coordinador de la *Revista Iberoamericana de Derecho Internacional y de la Integración*; Miembro adscripto del Instituto de Investigaciones Jurídicas y Sociales "Dr. Ambrosio L. Gioja", Facultad de Derecho, Universidad de Buenos Aires; autor de artículos y capítulos de libros sobre temas de su especialidad.

(1) BIOCCA, Stella M., "Adopción internacional", en RDE, vol. 6, 1991, p. 7.

(2) DREYZIN de KLOR, Adriana, "El derecho internacional privado actual", Ed. Zavallía, Buenos Aires, 2017, t. II, p. 98.

(3) RUBAJA, Nieve, "Derecho internacional privado de familia. Perspectiva desde el ordenamiento jurídico argentino", Ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2012, p. 357.

del territorio nacional, independientemente de que sean ciudadanos de otro país o no. Bastará que tenga su residencia habitual fuera del territorio nacional para que se considere adopción internacional, como ejemplo se puede citar el caso de un ciudadano mexicano que reside en España y que tendrá, obligatoriamente, que acatar las leyes y tratados de los cuales sea parte España, con la finalidad de que este Estado reconozca y dé validez al proceso de adopción realizado en territorio mexicano” (4).

Analizando el alcance de la definición, resulta relevante la distinción que hacen los juristas españoles Calvo Caravaca y Carrascosa González para quienes “toda adopción transfronteriza es una adopción internacional pero no toda adopción internacional es transfronteriza” (5). En efecto, adquiere el carácter de transfronterizo cuando ese niño, niña o adolescente (NNyA) resulta trasladado sea para conferirse la adopción o luego de haberse conferido.

En los últimos tiempos asistimos a un considerable aumento del número de argentinos que acuden al extranjero a realizar adopciones internacionales. En este punto, la cooperación jurídica internacional como sector dentro del DIPr toma una importancia fundamental como base para poder superar los problemas que se presentan en casos como en la sentencia que nos proponemos analizar.

II. La situación en la Argentina

Dentro del amplio abanico de posibilidades que pueden incluirse en el término “adopción internacional” pueden identificarse: por un lado, los supuestos de otorgamiento de adopciones, es decir, aquellos casos en los cuales la autoridad (judicial o administrativa) resolverá respecto de la solicitud presentada. Por el otro,

encontramos aquellos pedidos destinados a obtener el reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero.

No es novedoso afirmar que la Argentina mantiene desde hace años una posición de rechazo hacia la posibilidad de otorgamiento, más no así al reconocimiento de ellas cuando nazcan a la luz de un ordenamiento jurídico foráneo.

Buscando una absoluta protección, manteniéndose una mirada restrictiva a este respecto, el art. 2635 del Cód. Civ. y Com. dispone la jurisdicción exclusiva de nuestros jueces cuando los NNyA tengan su domicilio en la República y se trate de la toma de la decisión de la guarda con fines de adopción y para el otorgamiento de una adopción. Esta norma tiene una doble finalidad: en primer lugar, claramente determina la competencia de los jueces argentinos siendo los únicos con jurisdicción internacional para poder entender respecto de adopciones de NNyA domiciliados localmente. Pero, además, cuando se pretenda reconocer una sentencia de adopción conferida en el extranjero sobre un menor domiciliado aquí se encontrará con una imposibilidad que no le permitirá producir efectos: no superará el control de competencia internacional.

A semejante restricción debemos sumarle una disposición perdida en la parte general. El actual art. 600 del Cód. Civ. y Com. dispone, en la parte pertinente: “Puede adoptar la persona que: a) resida permanentemente en el país por un período mínimo de cinco años anterior a la petición de la guarda con fines de adopción; este plazo no se exige a las personas de nacionalidad argentina o naturalizadas en el país”.

Claramente, y conforme a la normativa local, en principio no existe posibilidad alguna de llevar adelante en nuestro territorio una adopción internacional pues, si el elemento que determina la internacionalidad es el domicilio (o residencia habitual) del adoptante y del adoptado, al exigir una residencia previa de 5 años se exige la fijación de un domicilio en la Argentina, con ello la adopción siempre será interna. Si bien excede el ámbito de este trabajo, podría plantearse un problema respecto de la “excepción” reconocida expresamente en la norma que, según los fundamentos al proyecto, “se dispone que el requisito relativo al plazo de residencia de 5 años

(4) GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, “Convención de La Haya del 29 de mayo de 1993, sobre la Protección de menores y la Cooperación en materia de adopción internacional: el caso México-España”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria – RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), *Estudios sobre adopción internacional*, Ed. Universidad Nacional Autónoma de México - Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2001, p. 157.

(5) CALVO CARAVACA, Alfonso L. – CARRASCOSA GONZÁLEZ, Javier, “Derecho internacional privado”, Granada, 2018, 18ª ed., vol. II, p. 364.

anteriores a la petición de la guarda para adopción no rige para los nacionales ni personas naturalizadas en el país, solucionando las justas críticas esgrimidas a la prohibición general sin excepción del código vigente” (6).

Cuando una persona residente en la Argentina pretenda llevar adelante una adopción en el extranjero y deba para eso presentar el “certificado de idoneidad” surge el siguiente interrogante: ¿debe solicitarse ante la autoridad administrativa o judicial? Estando la residencia habitual del pretensado adoptante en nuestro territorio no cabe discusión que corresponde llevarse localmente dicha investigación, pero el conflicto surge ante la falta de claridad (especialmente normativa) que resuelva este interrogante.

Es necesario destacar que el procedimiento de adopción internacional es sumamente complejo, ya que deben aplicarse y coordinarse las legislaciones de dos países distintos: por un lado, el derecho donde se encuentra el NNyA y, por el otro, el de la residencia de los pretensos adoptantes. Por ello la cooperación internacional es uno de los elementos trascendentales en este tema. Tal como oportunamente señalara Najurieta, “existe consenso generalizado respecto de que la adopción internacional únicamente puede ser conferida en interés superior del niño concreto y en el respeto de sus derechos fundamentales, una vez que se han agotado —en tiempo razonable— las posibilidades que existan para que ese niño o niña encuentre una colocación en vida de familia en su país de residencia habitual, generalmente su Estado de origen” (7).

II.1. El certificado de idoneidad

Para poder solicitar la adopción previamente se requiere la declaración de idoneidad de los futuros adoptantes. En efecto, “el certificado de

idoneidad tiene por tanto un importante trasfondo, ya que se fundamenta en la valoración positiva que hacen unos profesionales sobre determinados solicitantes de adopción internacional” (8). Nuria González Martín lo define como “el documento por medio del cual la autoridad central del país de recepción declara la aptitud de los presuntos adoptantes para realizar la adopción de uno o más menores en el país de origen, de acuerdo con los estudios que les fueron practicados” (9).

El Convenio de La Haya del 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional (CH1993) (10), por el cual se crea un marco jurídico internacional para regular las adopciones internacionales y la protección de los niños y de las familias antes y durante el proceso de adopción, dispone en su art. 5º que “[l]as adopciones consideradas por el convenio solo pueden tener lugar cuando las autoridades competentes del Estado de recepción: a) han constatado que los futuros padres adoptivos son adecuados y aptos para adoptar”. Esta exigencia implica el tener que verificar respecto de los pretensos adoptantes el que cumplan con todas las condiciones jurídicas y, al mismo tiempo, poseen todas las condiciones psicológicas necesarias. Como destacó Parra-Aranguren en el informe explicativo, “las condiciones establecidas en el art. 5º han de cumplirse de forma acumulativa, pero se ha de tener presente que se trata solo de unas garantías mínimas y que, por ese motivo, el Estado de recepción es libre de imponer la verificación de condiciones suplementarias” (11).

Aquellos países que son parte de este convenio se mantienen fieles a la exigencia de

(6) Puede profundizarse en BALTAR, Leandro - ECHAIDE, María, “La adopción internacional en Argentina. La excepción al plazo de residencia y su impacto en el derecho internacional privado”, DFyP 2020 (agosto), 18/08/2020, 67.

(7) NAJURIETA, María Susana, “Adopción internacional. Un debate pendiente”, RDPyC, “Derecho de Familia - I. Relaciones entre padres e hijos”, 2016-1, RC D 1309/2017 S/P

(8) AGUILAR BENÍTEZ DE LUGO, Mariano - CAMPUZANO DÍAZ, Beatriz, “El certificado de idoneidad para las adopciones internacionales desde la perspectiva del Derecho Internacional Privado español”, en GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria - RODRÍGUEZ BENOT, Andrés (coords.), ob. cit., p. 826.

(9) GONZÁLEZ MARTÍN, Nuria, ob. cit., p. 169.

(10) No ratificado por la Argentina.

(11) PARRA-ARANGUREN, Gonzalo, “Convenio de 29 de mayo de 1993 relativo a la Protección de Niños y a la Cooperación en materia de adopción internacional. Informe explicativo”, en *Proceedings of the Seventeenth Session (1993)*, t. II, “Adoption - co-operation”, 1993, p. 45.

este informe coloquialmente conocido como “certificado de idoneidad”. De conformidad al CH1993 debe señalarse que, en principio, el art. 5º se refiere de modo genérico a las autoridades del Estado de recepción. Corresponde, por tanto, “al Estado de recepción determinar cuáles son esas autoridades, que pueden ser judiciales o administrativas, o incluso la Autoridad Central” (12). Según el art. 15, la autoridad central del Estado de recepción, de considerar considera que los solicitantes son adecuados y aptos para adoptar, preparará un informe que contenga información sobre su identidad, capacidad jurídica y aptitud para adoptar, su situación personal, familiar y médica, su medio social, los motivos que los animan, su aptitud para asumir una adopción internacional, así como sobre los niños que estarían en condiciones de tomar a su cargo. Realizado, se transmitirá el informe a la autoridad central del Estado de origen.

Sumado a ello, corresponde destacar que los requisitos y condiciones a tomar en cuenta para la determinación de la elegibilidad de los pretensos adoptantes quedan sometidos a las leyes internas del país en el cual tengan su domicilio, es decir, el Estado “receptor”. “Sin embargo, cuando se prevea que la adopción tendrá lugar en el Estado de origen, es concebible que el Estado receptor renuncie a ciertos requisitos que no se consideran cuestiones de orden público y que normalmente se aplicarían cuando la adopción se efectuará en el Estado receptor, pero no necesariamente donde el niño es adoptado en el Estado de origen” (13). Incluso, la AC del Estado de origen pueden verificar estas condiciones antes de continuar con el proceso [art. 17, incs. c) y d)].

El problema se presenta respecto de Estados como la Argentina los cuales, a no ser parte del tratado, carecemos de una autoridad central con la capacidad y función de tener que expedirlos. En efecto, la falta de ratificación de los diversos convenios en materia de adopción genera dificultades a la hora de colaborar en los procesos

que se lleven en el extranjero, entre las tantas negativas consecuencias que se configuran.

Debe partirse de la siguiente idea: la cooperación de la Argentina no puede ser negada. No existe (ni existió) prohibición legal o convencional alguna, ni tampoco se puede considerar afectado el orden público internacional argentino, integrado por los principios, derechos humanos y garantías fundamentales de raigambre constitucional (14).

Entonces, el problema radica en determinar cuál es la autoridad que se encuentra interpelada a su elaboración. Desde la doctrina, y como consecuencia de la situación normativa local, se entendió que “la única opción que se ha revelado como posible en un país como el nuestro es recurrir ante un juez para que mediante una información sumaria requiera los exámenes pertinentes, tantos psicológicos como ambientales, para dictar luego una sentencia que apruebe o no dicha información sobre la idoneidad para adoptar en un país extranjero” (15).

Desde las autoridades argentinas, la situación siempre encontró contradicciones. En principio, una posición oficial de nuestro país se podía resumir del dictamen del Ministerio de Justicia de la Nación, el 321, correspondiente al expte. 172.826/2008 del 18/12/2008, firmado por el procurador del Tesoro, Dr. Osvaldo C. Guglielmino, en la cual se manifestó: “ante el supuesto de adopción internacional, los organismos públicos se abstendrán de actuar o intervenir en trámites relacionados con ella, a menos que esas solicitudes de intervención provengan de organismos oficiales competentes de Estados extranjeros y estén fundadas en sólidas razones humanitarias”. En un completo sentido opuesto, la Defensoría General de la Nación se expidió sobre las adopciones internacionales en un dictamen de fecha 23 de febrero del 2010, en el cual se expresó que la decisión de una o dos personas de adoptar niños en otro país es una decisión unipersonal y libre, que en tanto no viole leyes nacionales, no puede ser objeto de intromisión alguna por parte del Estado. En

(12) *Ibidem*.

(13) VAN LOON, Hans, “International co-operation and protection of children with regard to intercountry adoption”, *Recueil des Cours de l'Académie de droit international de La Haye*, vol. 244, 1993, p. 356.

(14) SCOTTI, Luciana B., “Manual de derecho internacional privado”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2019, 2ª ed., p. 486.

(15) *Ibidem*, p. 508.

consecuencia, el Estado no debiera expedirse *a priori respecto* de la decisión de los postulantes a adopción de niños en el extranjero. Colaborar para facilitar y agilizar trámites de adopciones legalmente concedidas implicaría, garantizar al niño involucrado una pronta inserción en un ámbito seguro para su integridad y salud, tanto física como psíquica y para brindarle una contención emocional desde una familia que le pueda proveer amor y cuidados para su mejor desarrollo (16).

Durante años, y previo al Cód. Civ. y Com., la falta de cooperación de nuestras autoridades resultó un problema crucial. Ante el aumento de solicitudes de adopción de argentinos en el extranjero, aumentó de manera automática la necesidad de contar con los informes sobre la idoneidad por lo cual surgió el problema de determinar si esto resultaba un trabajo a manos de los magistrados o, contrariamente, le correspondía al RUAGA como ente administrativo.

En más de una oportunidad nos encontrábamos con sentencias en las cuales los tribunales locales se declaraban incompetentes, incluso en algunos casos algunos defensores de menores consideraron que no correspondía expedirse toda vez no había algún NNyA argentino a tutelar.

Desde la doctrina, la preocupación por la falta de cooperación fue manifestada en varias oportunidades (17):

- En el XVII Congreso Internacional de Derecho Familiar, 22 a 26 de octubre de 2012, Mar del Plata, entre las conclusiones, se propuso que “las autoridades judiciales presten cooperación a la preparación de informes de idoneidad solicitados por personas residentes en nuestro país que se encuentran en un trámite de adopción en un país extranjero”.

(16) Puede profundizarse en SCOTTI, Luciana B., “Perspectivas en materia de adopción internacional en Argentina”, *Supl. Derecho de Derecho Internacional Privado y de la Integración* nro. 72, www.eldial.com, Ed. Albremería, Buenos Aires, 2012.

(17) BALTAR, Leandro, “La adopción internacional”, en SCOTTI, Luciana B. (coord.), *Filiación y responsabilidad parental en el ámbito internacional*, Ed. IJ, 2017, cap. IV, p. 149.

- En el XXIV Congreso de Derecho Internacional de la AADI, Sección Derecho Internacional Privado, Rosario, 15 al 17 de noviembre de 2012, entre las conclusiones se manifestó: “La necesaria coordinación entre distintos ordenamientos jurídicos nacionales convierte a la cooperación internacional en una herramienta esencial para efectivizar la vigencia de los derechos humanos fundamentales. Entre estos casos, cabe mencionar la constitución del estado filial; la emisión de informes de idoneidad de los aspirantes a la adopción residentes en nuestro país para presentar en el extranjero; el seguimiento post adopción”.

- En el XXVI Congreso de la AADI, San Miguel de Tucumán 4 y 5 de setiembre de 2014, además de insistir en la conveniencia de que la Argentina adhiera a la Convención relativa a la Protección del niño y a la cooperación en materia de adopción internacional, suscripta en La Haya el 29 de mayo de 1993, se recomendó reforzar la cooperación jurisdiccional internacional en materia de adopción, tanto en la etapa preparatoria como en el seguimiento posterior a su otorgamiento.

Como respuesta a esta delicada y controvertida situación, y con la intención de reforzar la cooperación hoy reconocida en el art. 2611 del Cód. Civ. y Com., en el Anteproyecto al código se previó un párrafo destinado especialmente a aquellos supuestos de inicio de trámites de adopción en el extranjero por parte de personas residentes en nuestro país o de seguimiento posterior a ser conferida en el exterior. La norma disponía: “Las autoridades administrativas o jurisdiccionales argentinas deben prestar cooperación a las personas con domicilio o residencia habitual en Argentina, aspirantes a una adopción a otorgarse en país extranjero, que soliciten informes sociales o ambientales de preparación o seguimiento de una adopción a conferirse o conferida en el extranjero”.

Sin embargo, el Poder Ejecutivo decidió eliminar este párrafo. Coincidimos con Amalia Uriondo de Martinoli al considerar que la implementación de esta norma hubiera afianzado la seguridad jurídica (18). Y tal como expre-

(18) URIONDO DE MARTINOLI, Amalia, “Lecciones de derecho internacional privado. Relaciones de familia.

só Luciana Scotti, “es lamentable que el actual Cód. Civ. y Com. haya eliminado del texto del Anteproyecto dicho especial deber de cooperación, aun cuando se puede desprender de la regla general contenida en el art. 2611” (19).

Todo este panorama nos lleva a concluir que, apelando a la norma general del art. 2611 en la cual se impone el deber genérico de brindar amplia cooperación, debiendo nuestros jueces ser quienes asuman la labor.

III. Los hechos del caso

La señora M. A. R. se presenta ante los tribunales locales con la finalidad de obtener las pruebas necesarias que le permitan acreditar su calidad de pretensa adoptante en el proceso que tramitará ante la autoridad administrativa *Institut Du Bien-Etre Social et de Recherches* en la República de Haití.

El juez de primera instancia no hizo lugar a la solicitud iniciada con el fundamento en que la petición excede el ámbito de competencia de su tribunal. En efecto, el magistrado señaló que, en nuestro país, se implementó el Registro Único de Adoptantes en el cual se incorporan los postulantes que fueron evaluados y aprobadas sus peticiones en los registros locales que, en el ámbito de la Ciudad de Buenos Aires, corresponde al RUAGA. Así entonces, remitió a la peticionante a dicha autoridad administrativa.

Presentada la apelación, la recurrente sostiene que, al estar ante una adopción a celebrarse en el extranjero, no es el RUAGA la institución que debe evaluar su idoneidad como futura adoptante. Ante ello, puso énfasis en que la ley aplicable a la adopción que se producirá eventualmente es la ley de Haití por tratarse de una adopción internacional a realizarse en dicho país y no la ley 25.854 respecto de las adopciones a realizarse en la República Argentina.

Ordenada la vista, la defensora de Menores e Incapaces de Cámara consideró que no es parte atento a no encontrarse involucrado ningún niño, niña o adolescente y por cuanto no

se puede afirmar con seguridad que el proceso de adopción que los accionantes pretenden iniciar necesariamente vaya a concretarse. Por su parte, el fiscal de cámara entendió que no corresponde admitir la tramitación de peticiones como la que dio origen a estas actuaciones.

De modo correcto, alineándose a la interpretación de la prestigiosa doctrina citada, los magistrados de la sala K entendieron que, aun cuando en nuestro derecho positivo se restringe la aplicación de la disposición convencional referida a la adopción internacional con relación a los niños con residencia habitual en la República Argentina, nuestra legislación no prohíbe la adopción de un niño en el extranjero.

Finalmente, destacando que la acción promovida no constituye un trámite judicial de adopción en el ámbito interno, en el que sí sería competente el RUAGA, sino un procedimiento tendiente a recopilar información para que luego el magistrado brinde —con base en los informes producidos— opinión sobre la idoneidad de la postulante, conforme a los cánones requeridos en el país de destino, decidieron revocar la resolución. De otro modo, cierran sus fundamentos, no solo se afectaría el acceso a la justicia del peticionante, sino también el derecho de los niños a crecer en el seno de una familia, lo que alcanza a toda la infancia más allá de su lugar de residencia, ya sea para los niños, niñas y adolescentes que se encuentran en la Argentina o más allá de sus fronteras.

IV. Análisis y reflexiones

Ante la falta de ratificación por parte de la Argentina de los convenios en materia de adopción internacional, y como consecuencia de las dificultades locales para llevar adelante adopciones internas, se generó un aumento de adopciones en el extranjero por parte de personas domiciliadas en la Argentina. Es muy común ver a muchos residentes locales que optan por las adopciones internacionales a través de agencias en el extranjero, habilitadas bajo el marco de las autoridades centrales de la CH1993.

La ausencia de una disposición normativa especial que resuelva este problema respecto de la elaboración del “certificado de idoneidad” junto a la posición local frente a este instituto que tra-

Código Civil y Comercial de la Nación”, Ed. Lerner, 2017, p. 219.

(19) SCOTTI, Luciana B., “Manual...”, ob. cit., p. 486.

jo varias dificultades y errores de alcance, genera una clara tensión: por un lado, se encuentra la necesaria protección de todo NNyA, por el otro encontramos rigorismos formales que se vuelven verdaderas trabas burocráticas.

En el caso bajo análisis, y conforme a lo ya señalado en el punto anterior, la necesidad de tener que iniciar el proceso radica en que el art. 7º de la ley de adopción haitiana establece que, en el caso de la adopción internacional, los solicitantes deben ser considerados aptos y capaces de ser adoptantes por las autoridades competentes del país de su residencia habitual. Resulta acertada la resolución y el camino optado en la sentencia analizada, pues negar el camino judicial para solicitar este tipo de informe implicaría afectar de modo directo la tutela jurídica efectiva impidiendo a pretensos adoptantes con domicilio (o residencia habitual) en la Argentina poder iniciar en otro país los trámites necesarios para poder acceder a una adopción internacional.

En efecto, la cooperación jurídica internacional, que hoy es un claro deber de conformidad al art. 2611 del Cód. Civ. y Com., es el argumento suficiente que genera la imposibilidad de sostener una negativa, salvo que se configure una violación a los principios que integran el orden público internacional. Sumado a todo ello, la reticencia en colaborar y ayudar termina violando un derecho inalienable: el de todo ser humano a tener una familia.

La solicitud de producción de este tipo de informe ante la autoridad judicial cuenta con una gran cantidad de sentencias. Sin embargo, lamentablemente no es la primera vez que nuestros magistrados rechazaron estos pedidos. En septiembre de 2017, la sala G en los autos “M. R. C. M. y otro s/ información sumaria” (20) confirmó la sentencia de primera instancia en la cual no se hizo lugar a la solicitud. Como argumento principal se consideró que el organismo con capacidad para expedirse sobre la idoneidad para ser postulante a una guarda con miras a una futura adopción es el RUAGA. Siendo que no se acreditó que el otorgamiento del “certificado de idoneidad” deba ser otorgado con la

intervención de un órgano judicial, se resolvió sostener la sentencia recurrida.

En “F. E., V. s/ información sumaria” (21) también se buscó la producción de una pericia psicológica y de un informe socioambiental con el objeto de postularse para tramitar una adopción internacional que se llevaría a cabo en Haití. En primera instancia se rechazó el pedido por considerar que resultaba ajeno a la esfera de actuación del Poder Judicial el emitir un juicio de valor acerca de las aptitudes de quienes pretenden adoptar, nuevamente destacando que es una tarea propia del RUAGA. En tales términos, se consideró que “correspondía que el equipo técnico de la mencionada institución serían los encargados de realizar la evaluación de la postulante dando cumplimiento con los protocolos internos de evaluación y, una vez ello cumplido, podrá la suscripta eventualmente y en caso de resultar ello necesario conforme la legislación extranjera citada en la demanda, expedirse en relación al requerimiento efectuado, correspondiendo en este estado, el rechazo de la información sumaria”. Como consecuencia de la apelación presentada, y por voto mayoritario, la sala H revocó dicha resolución al considerar que no corresponde darle intervención al RUAGA por pretenderse una adopción fuera de la jurisdicción nacional. Votando en disidencia, la Dra. Abruert coincidió respecto de lo improcedente de la vía intentada, pues entendió que no correspondía pedir en sede judicial la producción de pruebas para cumplimentar un recaudo administrativo. Pero a ello, sumó un argumento que resulta peligroso desde nuestro entendimiento. Usó como fundamento la posición de rechazo que tiene la Argentina respecto de la adopción internacional, así citó la reserva a la Convención de los Derechos del Niño junto a la eliminación de la norma del Cód. Civ. y Com. que establecía la cooperación en este asunto. En efecto, y como acertadamente destacara Najurieta, la legislación argentina, apreciada en su conjunto, no expresa disfavor hacia adopciones conferidas en el extranjero, sea una adopción interna de ese Estado o una adopción internacional, ya sea conferida en favor de adoptantes extranjeros o argentinos, incluso residentes habituales en la República Argentina, cuando se ha descartado

(20) CNCiv., sala G, 22/09/2017, AR/JUR/72518/2017.

(21) CNCiv., sala H, 01/06/2021, AR/JUR/66469/2021.

todo riesgo de tráfico de niños. En este punto, se coincide con Cristina Britos para quien “si bien el Estado Argentino ha efectuado la reserva (a la CDN) aludida restringiendo la aplicación de la normativa convencional, en aras de proteger a los menores a los efectos de evitar su tráfico y venta, en una correcta inteligencia entendemos que alude a la protección de los niños que tienen su residencia habitual en nuestro país; pero en ningún caso puede interpretarse como una prohibición para la adopción de niños en el extranjero, por parte de nacionales del país” (22).

La sala B también sostiene esta postura. En “Musi, Laura N. s/ información sumaria” (23) se decidió revocar la sentencia que negaba el pedido pues “el rechazo de la presente acción le acarrearía un injustificado impedimento, tal vez insalvable, a la pareja peticionante; dado que no estarían en condiciones de iniciar el trámite pertinente a los efectos de ser evaluada en la República de Haití para constituirse en adoptantes de un niño en dicho país”.

Estos problemas ya se venían presentando previo a la entrada en vigencia del Cód. Civ. y Com. En mayo de 2012, la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil revocó la sentencia dictada por el magistrado a cargo del Juzgado 48 en los autos “I. S., G. B y C., A. H. s/ información sumaria” (24), en la cual se rechazó el pedido de información sumaria iniciado por un matrimonio que aspiraba a una adopción internacional en Haití. Dentro de los argumentos principales utilizados para sostener esta tesis, se indi-

có que no acceder al trámite implicaría dejar a los peticionarios sin una vía adecuada para hacer valer sus legítimos derechos. Además, destacaron que la reserva a la CDN no implica una prohibición al reconocimiento de adopciones conferidas en el extranjero. En 2014, la sala M de la Cámara Civil en “G. S. M. s/ información sumaria” (25) arribó a la conclusión de que en la Argentina la única vía para lograr los informes psicológicos y la encuesta ambiental es la de un proceso judicial. Por tal motivo, una persona residente en la Argentina que quiera adoptar en otro país debe poder obtener el certificado de idoneidad solicitándole a un juez competente en su jurisdicción, que mediante una información sumaria. Es por ello que revocó la resolución de primera instancia y ordenó que las presentes actuaciones continúen tramitando ante el juzgado designado.

Finalmente, corresponde destacar que mantener una tesis de incompetencia por entender que corresponde al RUAGA en su carácter de autoridad administrativa traería un problema adicional: el Ministerio de Relaciones Exteriores de la Argentina solo legaliza informes para adopción internacional siempre que hayan intervenido nuestros jueces.

Más allá del análisis de este fallo, es importante señalar el paso adelante que la Argentina daría si aceptara ratificar los convenios internacionales vigentes en el ámbito internacional, que brindaran un marco de seguridad jurídica a las adopciones internacionales y evitan el riesgo tan temido por nuestro país en relación con el tráfico internacional de niños. En especial, sería oportuna la ratificación del Convenio de La Haya de 1993 relativo a la Protección del Niño y a la Cooperación en materia de Adopción Internacional.

(22) BRITOS, Cristina, “El certificado de idoneidad para adoptar en el extranjero: entre el rigor formal y la necesidad de velar por los derechos de la infancia”, DJ del 18/02/2015, 11, S/P.

(23) CNCiv., sala B, 15/10/2015, AR/JUR/47586/2015.

(24) CNCiv., sala J, 29/05/2012, AR/JUR/82178/2012.

(25) CNCiv., sala M, 28/03/2014, AR/JUR/11275/2014.

CONCURSOS Y QUIEBRAS

DOCTRINA

Insolvencia transfronteriza en tiempos de COVID-19: propuestas de armonización legislativa en el Mercosur

Godofredo Agustín Ortiz (*)

Sumario: I. Introducción.— II. La armonización legislativa como objetivo fundamental del Mercosur.— III. Insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado de fuente internacional de los Estados parte del Mercosur.— IV. Insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado de fuente interna de los Estados parte del Mercosur.— V. Asimetrías y (des)armonización legislativa concursal internacional.— VI. Propuestas de un acuerdo Mercosur de insolvencia transfronteriza.— VII. Conclusiones.

I. Introducción

El estallido de la pandemia por coronavirus (Covid-19) —declarada como pandemia global por la Organización Mundial de la Salud (OMS) el 11 de marzo de 2020— motivó a la adopción de medidas de emergencia por parte de los Estados (cuarentenas, restricciones a la circulación de la población, cierres de las fronteras y aeropuertos, etc.) para intentar frenar su propagación y en vis-

tas a evitar el colapso de sus sistemas hospitalarios.

Siendo la peor crisis económica global desde la Gran Depresión de 1929, las organizaciones internacionales no tardaron en analizar las estadísticas del escenario económico mundial.

La Organización Mundial del Comercio (OMC) sostuvo que el volumen del comercio internacional de mercaderías se desplomó en un 15,0% interanual para el segundo trimestre de 2020 (1).

En materia de inversiones extranjeras directas (en adelante, IED), en mayo de 2020 la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (OCDE) pronosticó una caída global del 30% (2) impactando en la disminución abrupta de los negocios internacionales, mientras que la

(*) Abogado (USAL; diploma de honor y premio Mejor Promedio); *maître en Droit des Affaires* y *licence en Droit* (Droit, Économie, Gestion), (École de Droit de la Sorbonne, filial La Condamine - USAL, Université Paris 1 Panthéon-Sorbonne); premio distinción a la Excelencia Académica, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires; asociado, Estudio Alegria, Buey Fernández, Fissore & Montemerlo (ABFFM); profesor adjunto de Derecho Internacional Privado y de Derecho Comunitario Americano (USAL); investigador adjunto asistente (Instituto de Investigación en Ciencias Jurídicas, USAL), en el proyecto "Aproximación al fenómeno del Covid-19 desde la perspectiva de la complejidad jurídica, Derecho y Covid 19" (dirigido por los Dres. Alfredo Soto y Ramón Bonell Colmenero); matriculado en el Colegio Público de Abogados de la Capital Federal; miembro de la Société de Législation Comparée (SLC), París.

(1) WTO Press Release, "World trade primed for strong but uneven recovery after COVID-19 pandemic shock", 2021, disponible en https://www.wto.org/english/news_e/pres21_e/pr876_e.htm.

(2) OCDE "Foreign direct investment flows in the time of COVID-19", 2020, disponible en <https://www.oecd.org/coronavirus/policy-responses/foreign-direct-investment-flows-in-the-time-of-covid-19-a2fa20c4/>.

Conferencia de la Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) concluyó en 2021 que las IED habían caído en un tercio de 2019 a 2020 (de 1,5 billones de dólares a 1 billón de dólares), el punto más bajo alcanzado desde la crisis financiera global de 2008 **(3)**.

En la Argentina, el ingreso de IED se desplomó en 2020 un 38% bajando hacia los 4.100 millones de dólares, mientras que en Brasil se redujeron en un 62% —el nivel más bajo en dos décadas—, a 25.000 millones de dólares **(4)**.

Asimismo, el Fondo Monetario Internacional (FMI) concluyó que el decrecimiento del PBI mundial en relación con el 2019 acarrió una tasa de insolvencia y quiebras para las pymes a nivel global que podría llegar hasta triplicarse a causa de la crisis económica **(5)**. Por otro lado, la pandemia ha tensionado la cadena mundial de suministros por atascos en los puertos, encarecimiento de los contenedores o almacenes sin stock, todo lo cual impactó en el PBI global **(6)**.

En ese contexto, los gobiernos adoptaron políticas de otorgamiento de estímulos y medidas de alivio fiscal para las empresas que fueron económicamente golpeadas por la pandemia.

Con vistas a preservar la liquidez y el valor económico de las compañías en crisis, numerosos países adoptaron normativa de emergencia, incorporando enmiendas temporales a sus leyes de insolvencia para evitar un incremento significativo de quiebras **(7)**.

(3) UNCTAD, "World Investment Report 2021. Investing in sustainable economy", 2021, disponible en https://unctad.org/system/files/official-document/wir2021_en.pdf.

(4) *Ibidem*.

(5) FMI, "World Economic Outlook, April 2020: The Great Lockdown (2020)", 2020, disponible en <https://www.imf.org/en/Publications/WEO/Issues/2020/04/14/weo-april-2020>.

(6) Conf. CEPAL, "América Latina y Caribe ante la pandemia del Covid-19. Efectos económicos y sociales", informe especial nro. 1, 2020.

(7) Para una visión global de las reformas nacionales introducidas a las leyes concursales como consecuencia del Covid-19, ver: INSOL International - BM, "Global Guide: Measures Adopted to Support Distressed Business Through the COVID-19 Crisis", 2020, disponible en https://insol.azureedge.net/cmsstorage/insol/media/documents_files/

Algunos países suspendieron el derecho de los acreedores a solicitar el inicio del procedimiento de insolvencia (España, Italia, Finlandia, Suiza, Turquía), otros, el deber del Directorio de iniciar el concurso una vez producido el estado de insolvencia (Alemania, Austria, Bulgaria, Francia, Luxemburgo, Polonia, Portugal, República Checa, Rusia), algunos dispusieron moratorias o restricciones a las medidas de ejecución de deuda por parte de acreedores (Bélgica, Brasil, Estados Unidos, Nueva Zelanda, Reino Unido, Singapur), y finalmente otros suspendieron la responsabilidad del Directorio por comerciar durante la insolvencia (Australia, Nueva Zelanda, Reino Unido, Singapur) **(8)**.

Tratándose de una crisis de carácter mundial, a los regímenes concursales locales les resulta imprescindible contar con modernas y adecuadas normas de insolvencia transfronteriza **(9)**, aquellas normas de derecho internacional privado (en adelante, DIPr) que se ocupan de resolver casos de concursos y quiebras en los que se vean involucrados "elementos extranjeros", vale decir, bienes del deudor dispersos en diferentes países o créditos pagaderos fuera de las fronteras nacionales donde radica el concurso de acreedores o la quiebra.

Esta necesidad se fundamenta desde una perspectiva macroeconómica no solo por la eventual insolvencia de empresas multinacionales o de grupos económicos (con bienes sitos en diferentes países y contando con acreedores tanto locales como extranjeros) sino también en orden a garantizar un marco de seguridad jurídica y previsibilidad para el retorno de las inversiones y negocios internacionales.

Las legislaciones de Argentina, Brasil, Uruguay y Paraguay nunca compartieron un DIPr de fuente convencional aplicable a los concursos y quiebras transnacionales. Sus normativas de DIPr de fuente

covidguide/30%20april%20updates/2-covid-map-17-may.pdf; BM, "COVID-19 Notes. Financial Series. Overview of Insolvency and Debt Restructuring Reforms in Response to the COVID-19 Pandemic and Past Financial Crises: Lessons for Emerging Markets", 2021, disponible en <https://openknowledge.worldbank.org/handle/10986/35425>.

(8) *Ibidem*.

(9) GERBAUDO, G., "Crisis global por pandemia Covid-19 e insolvencia transfronteriza", *Diario DPI*, 2021.

interna (salvo la de Brasil) poseen numerosas asimetrías y están desactualizadas.

El presente trabajo tiene como finalidad demostrar la necesidad y conveniencia actual que tiene el Mercosur, en tiempos de pandemia global por Covid-19, de alinearse a los estándares modernos de uniformidad y armonización legislativa en materia de insolvencia transfronteriza.

II. La armonización legislativa como objetivo fundamental del Mercosur

El fin principal del proceso de integración mercosureño fue el establecimiento de un espacio de libre circulación de bienes, servicios y factores productivos por medio de la eliminación de los derechos aduaneros y restricciones no arancelarias a la circulación de mercaderías (10).

Tratándose de un espacio regional integrado con un marcado nivel de intercambio económico, social y cultural (comercio e inversiones recíprocas, trabajo, consumo y turismo intrarregional), a los países miembros les resultó necesario “armonizar sus legislaciones en las áreas pertinentes, para lograr el fortalecimiento del proceso de integración” (11).

La importancia de la creación comunitaria de marcos normativos uniformados y la armonización legislativa surgió a los fines de brindar respuestas comunes a los problemas de conflictos de leyes, de jurisdicciones y la cooperación judicial entre los Estados miembros.

Desde el derecho comparado este proceso se denominó “comunitarización del DIPr” que tuvo como norte la cooperación jurisdiccional intrarregional en cuanto a materialización de la libre circulación de sentencias judiciales y laudos arbitrales.

El mejor y más perfeccionado ejemplo de la creación de un DIPr “comunitarizado” es en el marco del derecho de la UE, mediante convenios (desde la Convención de Bruselas de 1968 hasta el Tratado de Ámsterdam de 1997), reglamentos y directivas (desde 1997 a la actualidad) sancionados por el Parlamento Europeo y del Consejo de la

UE (12). Se trata del tercer elemento del “espacio de libertad, seguridad y justicia sin fronteras interiores” de la UE (13).

Paralelamente, en el ámbito del Mercosur se han celebrado y se encuentran en vigencia más de veinte acuerdos, protocolos, acuerdos complementarios y/o sus enmiendas sobre comunitarización de diversas áreas de DIPr en las áreas de jurisdicción internacional y cooperación procesal entre los jueces de los Estados parte (14).

El arbitraje comercial internacional es un ámbito de DIPr en el que el Mercosur alcanzó exitosamente la uniformización y armonización legislativa, en cuanto a la convergencia de un DIPr de fuente internacional y DIPr de fuente interna. En efecto, con posterioridad a la entrada en vigencia del Acuerdo de Buenos Aires sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur (1998), Paraguay (en 2002, mediante la sanción de la ley 1879), Argentina (en 2018, mediante la ley 27.449 de Arbitraje Comercial Internacional) y Uruguay (también en 2018, por la ley 19.636) actualizaron sus legislaciones internas en la materia sobre la base de la Ley Modelo de Arbitraje de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI-UNCITRAL) (15). Por su lado Brasil, si bien no ha adoptado la Ley Modelo,

(12) P. ej., regl. (CE) 44/2001 del Consejo, sobre competencia judicial, reconocimiento y ejecución en materia civil y comercial —reemplazado por el regl. (UE) 1215/2012—; regl. (CE) 1206/2001 del Consejo, relativo a la cooperación entre jurisdicciones de los Estados miembros en el campo de la obtención de pruebas en materia civil o comercial; regl. (CE) 593/2008 del Parlamento europeo y del Consejo sobre la ley aplicable a las obligaciones contractuales; directiva (UE) 2017/1132 del Parlamento europeo y del Consejo sobre determinados aspectos del derecho de sociedades, entre otros.

(13) Conf. el art. 3º, Tratado de la Unión Europea (2007).

(14) P. ej., Protocolo de cooperación y asistencia jurisdiccional en materia civil, comercial, laboral y administrativa (“Las Leñas”) (1992); Protocolo de Buenos Aires sobre jurisdicción internacional en materia contractual (1994); Protocolo de medidas cautelares (1994); Acuerdo sobre arbitraje comercial internacional del Mercosur (1998); Acuerdo sobre el beneficio de litigar sin gastos y la asistencia jurídica gratuita entre los Estados Partes del Mercosur (2000), entre otros.

(15) ORTIZ, G., “Armonización legislativa en materia de insolvencia transfronteriza en el Mercosur. Perspectivas comparadas con el arbitraje comercial internacional”,

(10) Conf. el art. 1º, Tratado de Asunción (1991).

(11) *Ibidem*.

las estadísticas demuestran que es una creciente sede regional de arbitrajes internacionales (16).

Estos regímenes de DIPr constituyen un verdadero "DIPr de la integración", es decir: "un orden jurídico común para que las relaciones que se originan en un Estado y se desenvuelvan en otros, reciban en ellos igual tratamiento y no sufran alteraciones propias de los diferentes regímenes legales", como sostienen Scotti y Klein (17).

III. Insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado de fuente internacional de los Estados parte del Mercosur

Existe un verdadero vacío legal en el Mercosur sobre normativa uniforme (ya sea mediante un Acuerdo o Protocolo) que prevea reglas aplicables a casos de procedimientos concursales o liquidativos en los que estuvieren involucrados elementos extranjeros de DIPr vinculados con más de un Estado del Mercosur (créditos o bienes), tal como fue advertido por numerosa doctrina local y extranjera (18).

Revista Jurídica Franco Argentina, USAL - Université Lumière Lyon 2, IJ-MMCDLXXXIX-354, Buenos Aires, 2022.

(16) "2021 International Arbitration Survey: Adapting arbitration to a changing world", Queen Mary University of London - White & Case, London, 2021, disponible en https://arbitration.qmul.ac.uk/media/arbitration/docs/LON0320037-QMUL-International-Arbitration-Survey-2021_19_WEB.pdf.

(17) Ver SCOTTI, L. - KLEIN VIEIRA, L., "El derecho internacional privado del Mercosur", RSTPR, Asunción, 2020, p. xxiii y p. 12.

(18) Sobre la armonización legislativa y ausencia de un régimen Mercosur en materia de insolvencia transfronteriza, ver: SCOTTI, L., "Armonización legislativa en materia de insolvencia internacional de los grupos económicos: ¿una asignatura pendiente en el Mercosur?", UBA - Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2006; RODRÍGUEZ, M., "Armonización legislativa en materia de salvataje de empresas en el Mercosur, ¿una quimera o una necesidad?", UBA, Facultad de Derecho, Buenos Aires, 2007; BECUE, S., "Insolvência transfronteiriça: contribuição para fortalecimento do MERCOSUL", RSTPR, 2016; DROMI, R. - EKMEKDJIAN, M. - RIVERA, J., "Derecho comunitario. Sistemas de Integración. Régimen del Mercosur", Buenos Aires, 1995, ps. 303-323; KLEIDERMACHER, A., "La quiebra en el Mercosur", en AA.VV., *Derecho concursal argentino e iberoamericano*, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 1997, t. III, ps. 87-94; ALMEIDA, J., "Necesidad de una legislación concursal armonizada en el ámbito del MERCOSUR", en AA.VV., *Derecho concursal...*, ob. cit., ps. 109-119; BONDARCZUK, E., "Problemas da Competência Internacio-

Ello es porque los Tratados de Montevideo (1889 y 1940), más allá de ser los pioneros en el derecho comparado en uniformar convencionalmente normas de DIPr y en adoptar el sistema mixto (19), son los únicos que vinculan a tres de los cuatro miembros del Mercosur en cuanto a reglas de DIPr en general (20).

Los Tratados de 1889 regularon la materia bajo el título "De las falencias", específicamente en los arts. 35 a 48 del Tratado de Derecho Comercial Internacional. De los Estados parte del Mercosur, fue firmado y ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay ya que Brasil lo firmó, pero no lo ratificó. El Convenio adoptó un sistema mixto tendiendo hacia la extraterritorialidad (21).

En 1940, el Tratado de Derecho Comercial Terrestre Internacional normativizó en materia concursal bajo el título "De las quiebras" (arts. 40 a 53). De los Estados del Mercosur, fue firmado y ratificado por Argentina, Paraguay y Uruguay ya que, al igual que el de 1889, Brasil lo firmó, pero no lo ratificó. Los Estados firmantes también adoptaron un sistema mixto, pero a diferencia del de 1889, se inclinaron por la territorialidad (22). Actualmente se encuentra en vigencia entre dichos países.

Estas convenciones tienen como denominador común que Brasil es el único de los Estados parte del Mercosur que nunca los ratificó y, a su vez, el único que ratificó el Código Bustamante y Sirvén

nal e do Direito Aplicável no Direito de Insolvência Internacional da União Europeia e do Mercosul", UFGRS, 2010.

(19) También denominado de "universalidad modificada", como conciliación de los sistemas de unidad extraterritorialidad o universalidad, y de pluralidad, fraccionamiento o territorialidad. Ampliar en ALEGRIA, H., "Extraterritorialidad de los concursos", LyE, nro. 47, UBA, Buenos Aires, 1987.

(20) RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 239.

(21) Concretamente por su art. 42: "En el caso en que siga un solo juicio de quiebra (...) todos los acreedores del fallido presentarán sus títulos y harán uso de sus derechos ante el juez o tribunal que ha declarado la quiebra".

(22) El art. 48, cuyo párr. 1º reemplazó al art. 42 del de 1889 (ver cita anterior), estableció en su párr. 2º: "los créditos localizados en un Estado tienen preferencia con respecto a los de los otros, sobre la masa de bienes correspondientes al Estado de su localización", una clara proclividad en favor de la territorialidad.

(o “Código de La Habana”) de 1928, el otro gran hito uniformador del DIPr en América Latina que contempló reglas sobre insolvencia (“De la quiebra o concurso”, arts. 414 a 420).

La doctrina local sostiene la actual obsolescencia de los Tratados de Montevideo. En primer lugar, indica Rouillón que “en los pocos casos en que se ha hecho aplicación de dichos Tratados, se ha puesto en evidencia que sus reglas no conducen a soluciones rápidas, prácticas ni eficientes, de las insolvencias transfronterizas” (23). Asimismo, Wessels ha notado que en la práctica se mantuvo la supremacía de las leyes concursales nacionales, debido a la visión territorialista a la cual propenden (24). Finalmente, Uzal afirma que “fueron en su momento un gran avance en el área de la insolvencia transfronteriza, pero resultan muy limitados para dar respuesta a las necesidades actuales” (25).

En efecto, desde la década de 1990, el desarrollo legislativo y doctrinario ulterior de los estándares mundiales en materia de insolvencia transnacional fue potencializado de la mano del fenómeno de la globalización.

Este nuevo escenario mundial trajo consigo la internacionalización de las deudas corporativas. Las empresas y grupos económicos que expandieron sus operaciones o decidieron establecer sucursales más allá de sus fronteras nacionales necesariamente comenzaron a adquirir bienes y a contraer deudas en el extranjero.

Frente a ello, debido al notable incremento de casos de insolvencia transnacional, fue preocupación de ciertas organizaciones especializadas en derecho comercial internacional, así como desde la órbita supranacional de la UE, el estudio de las

distintas regulaciones locales frente a estos problemas a los fines de encontrar soluciones armonizadoras.

De esta forma, al igual que en otras materias de DIPr (26), en materia de insolvencia surgieron dos tendencias predominantes: la armonización legislativa a escala global y la uniformización a nivel regional.

III.1. Armonización legislativa global en materia de insolvencia

El puntapié inicial de esta vertiente fue la elaboración de la Ley Modelo de Insolvencia Transfronteriza (1997) por parte del Grupo de Trabajo nro. 5 de Derecho de la Insolvencia de la CNUDMI.

Lo que la CNUDMI pretendió con la elaboración de esta Ley Modelo es propender hacia la cooperación interjurisdiccional en casos de insolvencia transfronteriza, así como su administración “equitativa y eficiente” protegiendo, al mismo tiempo, los intereses de la totalidad de los acreedores y del deudor desde el sistema mixto de universalidad modificada.

Asimismo, un punto neurálgico es que tiende a optimizar los bienes del deudor y crear una mayor seguridad jurídica para el comercio y la inversión extranjera (27).

A 2022, son 50 los Estados que la han incorporado a su derecho interno, y del continente americano lo han hecho México (en 2000), Estados Unidos (en 2005, incorporada por el famoso Capítulo 15 del *Bankruptcy Code*), Canadá (en 2005), Colombia (en 2006), Chile (en 2013) y Brasil (en 2020).

En los últimos años, la CNUDMI ha elaborado como instrumentos complementarios sobre esta materia la Ley Modelo sobre Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Relacionadas con Casos de Insolvencia (2018) y la Ley Modelo sobre la Insolvencia de Grupos de Empresas (2019).

Otras instituciones y organizaciones transnacionales especializadas desarrollaron recomen-

(23) ROUILLÓN, A., “Aproximación esquemática al régimen argentino de insolvencia y a sus reglas aplicables a los concursos con repercusión transfronteriza”, International Insolvency Institute, Standardsville, 2001, disponible en <https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/15-creditors.pdf>.

(24) WESSELS, B. – MARKELL, B. – KILBORN, J., “International Cooperation in Bankruptcy and Insolvency Matters”, Ed. Oxford University Press, Oxford, 2009, p. 157.

(25) UZAL, M., “La insolvencia internacional, el acceso a la jurisdicción y la cooperación internacional”, RDPC, “Insolvencia – II”, 2019, p. 584.

(26) Por ejemplo, arbitraje y mediación internacional, compraventa internacional de mercaderías, contratos de consumo internacionales, etc.

(27) Preámbulo de la Ley Modelo.

daciones, principios y directrices en la materia, en la misma línea que la CNUDMI.

En 2001, el Banco Mundial elaboró los “Principios y líneas rectoras para sistemas eficientes de insolvencia y de derechos de los acreedores”, los cuales reconocen que, si bien los sistemas nacionales de insolvencia naturalmente difieren entre sí, deberían establecer “un marco para las insolvencias transfronterizas, con reconocimiento de los procedimientos extranjeros” (28).

De la misma manera, en 2012 las organizaciones *International Insolvency Institute* y *American Law Institute* (ALI) publicaron un estudio integrado por los “Principios globales de cooperación en los casos de insolvencia internacional” (29) con el objeto de que los tribunales y síndicos concursales operen de forma eficaz y eficiente en los casos de insolvencia transnacional, maximizando el valor de los bienes globales del deudor (30).

Otra propuesta similar fue la publicada en 2016 por *Judicial Insolvency Network* (JIN) bajo las “Directrices para la comunicación y cooperación entre tribunales en asuntos de insolvencia transfronteriza” (también conocidas como “Directrices JIN”) teniendo como fin principal “la preservación del valor empresarial y la reducción de los costos legales” (31). Fueron adoptadas en 16 jurisdicciones, entre ellas, por los Tribunales de Quiebras de Delaware, Nueva York, Texas y Florida, el Tribunal Federal de Australia, la Corte Suprema de Singapur y, recientemente, por el Tribunal Supremo Federal de Brasil (32).

III.2. Uniformización regional en materia de insolvencia

En la UE, la normativa uniforme vigente es: i) el regl. (UE) 2015/848 del Parlamento Euro-

peo y del Consejo de 20 de mayo de 2015 “sobre procedimientos de insolvencia” (el “Reglamento”) el cual reformó y reemplazó al anterior regl. (CE) 1346/2000 del Consejo de 29 de mayo de 2000 (33); y ii) la directiva (UE) 2019/1023 del Parlamento Europeo y del Consejo de 20 de junio de 2019 “sobre marcos de reestructuración preventiva, exoneración de deudas e inhabilitaciones, y sobre medidas para aumentar la eficiencia de los procedimientos de reestructuración, insolvencia y exoneración de deudas” (la “Directiva”).

Sintéticamente, el Reglamento unificó las reglas de competencia jurisdiccional internacional, derecho aplicable, reconocimiento de resoluciones judiciales y un mecanismo de cooperación entre procedimientos de insolvencia abiertos en distintos Estados miembros de la UE sobre un mismo concursado (cuyo centro de intereses principales esté sito en algún Estado miembro), mas no respecto de las reglas concursales de los Estados miembros. Asimismo, este instrumento comunitario (vinculante y directamente aplicable en los Estados miembros), regula las cuestiones transnacionales de la insolvencia de los grupos de sociedades europeas (34).

Por su parte, la Directiva fue sancionada debido a que, como el Reglamento se limitó a la insolvencia transfronteriza, no permitió la eliminación de los obstáculos a la libre circulación por lo que resultó necesario el establecimiento de “normas sustantivas mínimas” para los procedimientos de reestructuración preventiva y de exoneración de deudas de los empresarios (35). Sin perjuicio de ello, la Directiva es compatible y se complementa con el Reglamento (36).

Al 2022 la Directiva fue transpuesta por Alemania (Ley de estabilización y reestructuración de empresas “StaRUG” de 2021), Austria (Ley de Implementación de la Directiva de Reestructuraciones e Insolvencias de 2021), Francia (ordenanza 2021-1193 de modificación del Li-

(28) Conf. Principio 3.1, BM, “Principios y Líneas Rectoras para Sistemas Eficientes de Insolvencia y de Derechos de los Acreedores”, 2001.

(29) INTERNATIONAL INSOLVENCY INSTITUTE, “Transnacional Insolvency: Global Principles for Cooperation in International Insolvency Cases”, 2012.

(30) *Ibidem*, principio N° 1.

(31) JUDICIAL INSOLVENCY NETWORK, “Guidelines for Communication and Cooperation between Courts in Cross-Border Insolvency Matters”, 2016.

(32) *Ibidem*.

(33) Su antecedente fue la Convención Europea sobre ciertos aspectos internacionales de la quiebra, firmada en el ámbito del Consejo de Europa (1990). En la práctica nunca entró en vigencia ya que solo fue ratificada por Chipre.

(34) Conf. su preámbulo.

(35) Preámbulo, consid. 12.

(36) Preámbulo, consid. 13.

bro IV del Código de Comercio de 2021), Grecia (Ley de Liquidación de Deudas y Facilitación de la Segunda Oportunidad de 2020) y Portugal (ley 9/2022 de 2022), restando aun ser incorporada por los demás 22 Estados miembros.

IV. Insolvencia transfronteriza en el derecho internacional privado de fuente interna de los Estados parte del Mercosur

Los avances contemporáneos sobre insolvencia transfronteriza colocan al Mercosur en un contexto global en el que desde fines de la década de 1990 se propende a la adopción de marcos jurídicos que permitan una eficiente y mayor cooperación y coordinación jurisdiccional internacional en el área sobre la base del sistema mixto de la universalidad modificada.

Ello lleva a que, en la práctica, cuando a los tribunales de cada país del Mercosur se les presenta un caso de insolvencia con elementos extranjeros vinculados a otro Estado del Mercosur, recurren a sus normas concursales nacionales, a sus DIPr de fuente interna. Prevalece el derecho interno por sobre el extranjero ante la ausencia de un ordenamiento aplicable de fuente internacional.

A continuación, desde una perspectiva de derecho comparado, se analizará exclusivamente el tratamiento legislativo de la cuestión de insolvencia transfronteriza en cada una de las leyes de los Estados parte.

IV.1. Paraguay

La ley 154 de Quiebras de Paraguay (LQ) (1969) establece que la declaración de la quiebra extranjera no puede ser invocada contra los acreedores de la quiebra en Paraguay, y los acreedores extranjeros solo pueden cobrar después de los nacionales (art. 8º). Sin embargo, no adopta la necesidad de que un acreedor demuestre la reciprocidad.

En 2020 se dio inicio al tratamiento de un proyecto de ley que dentro de sus disposiciones pretendía modificar la actual LQ incorporando la Ley Modelo y la figura del acuerdo extrajudicial (37),

(37) BERKEMEYER, "Proyecto de ley de Resolución de la Insolvencia: una mirada hacia la recuperación de empresas viables", Asunción, 2019, disponible en <https://www.berke.com.py/es/proyecto-de-ley-de-resolucion->

denominado "De resolución de la insolvencia". El proyecto alcanzó a tener media sanción en el Senado (38) y su objetivo era generar un clima propicio para la atracción de inversiones, el dinamismo comercial y potenciar el desarrollo económico de Paraguay, especialmente luego de la crisis del Covid-19. Este proyecto no avanzó al ser rechazado en la Cámara de Diputados (39).

IV.2. Argentina

En el derecho concursal argentino la insolvencia transfronteriza está regulada en los primeros artículos de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras (LCQ) (1995).

Dichas disposiciones establecen: la concursabilidad de un deudor domiciliado en un país extranjero respecto de los bienes que posee en la Argentina (art. 2º, inc. 2º); la competencia del juez argentino para la apertura de un procedimiento tratándose de un deudor domiciliado en el extranjero, pero con administración en el país (art. 3º, inc. 5º); la mera declaración de la quiebra en el extranjero permite la apertura del procedimiento liquidativo en la Argentina (art. 4º, párr. 1º, criterio propio de la extraterritorialidad); y la imposibilidad de invocar el procedimiento extranjero contra los acreedores argentinos, otorgándoles prioridad para cobrar antes que los extranjeros (art. 4º, párr. 1º, propio de la territorialidad).

En la quiebra, los acreedores extranjeros (en virtud de la verificación de sus créditos en el concurso abierto en el extranjero) solo pueden cobrar después de los nacionales (art. 4º, párr. 2º, la "regla de las preferencias nacionales"), y en el concurso preventivo deben probar la falta de discriminación de la ley del lugar donde su crédito es pagadero, en el sentido de que

de-la-insolvencia-una-mirada-hacia-la-recuperacion-de-empresas-viables/.

(38) "Ley de Insolvencia: así fue la justificación del Ejecutivo sobre el polémico proyecto", *Diario Hoy*, Asunción, 2020, disponible en <https://www.hoy.com.py/nacionales/ley-de-insolvencia-asi-fue-la-justificacion-del-ejecutivo-del-polemico-proyecto>.

(39) "La Ley de Insolvencia empeorará crisis económica pospandemia", *Diario ABC*, Asunción, 2020, disponible en <https://www.abc.com.py/nacionales/2020/10/27/ley-de-insolvencia-empeorara-tesis-economica-pospandemia-afirman/>.

permita al acreedor argentino verificar su crédito y cobrar en las mismas condiciones que el extranjero (art. 4º, párr. 3º). Esta estricta condición legal de que la reciprocidad sea demostrada por el acreedor ha sido flexibilizada en numerosos casos por la jurisprudencia argentina, parcial (40) o incluso totalmente (41).

La doctrina argentina ha calificado a las normas de DIPr como "incongruentes con los lineamientos de la política económica y de la política internacional hoy vigentes en el país" (42).

En ese orden, se han elaborado anteproyectos de ley para incorporar los principios y disposiciones de la Ley Modelo y modificar el art. 4º de la LCQ. El último presentado fue en 2018, en el marco del "Programa Justicia 2020" del Ministerio de Justicia y Derechos Humanos (43), aunque finalmente no prosperó por haber perdido estado parlamentario.

Durante el 2020, legisladores de distintos partidos políticos presentaron más de diez proyectos de ley de reforma de la LCQ para adaptar sus

normas al contexto de pandemia. Los mismos comprendían una amplia gama de modificaciones a la LCQ: suspensión de los pedidos de quiebra, de los períodos de exclusividad, de los plazos de cumplimiento de los acuerdos homologados, de medidas cautelares, reformas al régimen del acuerdo preventivo extrajudicial (APE), al régimen de pequeños concursos y quiebras, etc. Si bien ninguno de estos proyectos prosperó, tenían en común que ninguno proponía modificar el régimen de insolvencia transfronteriza de la LCQ ni adoptar la Ley Modelo CNUDMI (44).

IV.3. Uruguay

En la ley uruguaya la insolvencia transnacional está legislada en la ley 18.387 de Concursos y Reorganización Empresarial (LCRE) (2008). La LCRE, aunque no adoptó la Ley Modelo CNUDMI en su totalidad, ha aceptado algunos de sus principios (45), tales como: reconocimiento de los procedimientos de insolvencia extranjeros (art. 245); normas sobre cooperación internacional entre jueces y liquidadores (art. 246); y el principio de trato nacional o no discriminación del acreedor extranjero, pero manteniendo la regla de la reciprocidad (art. 242), con la excepción de los créditos prendarios e hipotecarios.

En febrero de 2021 se presentó en el Parlamento del Uruguay un proyecto de reforma de la LCRE en el ámbito del "Proyecto de Modernización Legislativa" de la Presidencia de la Cámara de Representantes (46), aunque ninguna de las enmiendas propuestas contemplaba la modificación de la regla de reciprocidad ni la incorporación de la Ley Modelo CNUDMI en su integridad.

(44) Al respecto, ver BORTHWICK, S., "¡No nos olvidemos de la insolvencia transfronteriza!", *Abogados.com.ar*, 2020, disponible en <https://abogados.com.ar/index.php/no-nos-olvidemos-de-la-insolvencia-transfronteriza/26235>.

(45) FRESNEDO DE AGUIRRE, C., "La nueva ley uruguaya de concursos y reorganización empresarial: un importante avance en sintonía con los principios internacionales en la materia", *Revista Derecho del Comercio Internacional* nro. 11, 2009, ps. 144-165.

(46) El proyecto de ley de reforma de la LCRE puede verse en la página web del Parlamento del Uruguay: <https://legislativo.parlamento.gub.uy/PL/crr/Modificaciones%20al%20R%C3%A9gimen%20Concursal.pdf>

(40) En tal sentido, en una quiebra se admitió el testimonio escrito y la declaración jurada de un profesional de derecho habilitado en EE. UU. para actuar en procesos de quiebra (CNCom., sala A, 10/09/1991, "Cavifré SA s/ quiebra s/ incidente de revisión por Overland Trust"). En otro precedente, se admitió la presentación de la opinión de un experto sobre la inexistencia de normas inequitativas hacia el crédito extranjero en el derecho inglés (Juzg. Civ. y Com. Rosario Nº 13, 26/02/1996, "Massey Ferguson SA").

(41) En el caso "Sabate Sas SA", la Suprema Corte de Justicia de Mendoza, interpretó que "[l]a carga de la prueba del requisito de la reciprocidad si bien, en principio, incumbe al acreedor peticionante de la verificación, el mismo puede acreditarse a través de la actividad del síndico e, incluso, del propio juez, ya que el síndico debe cooperar en la investigación y el juez puede hacerlo de oficio" (SC Mendoza, sala I, 28/04/2005, "Sabate Sas SA en Covisan SA s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación tardía s/ incidente de casación", voto de la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, con nota de SOTO, A., "Una sentencia en homenaje a los 70 años del uso jurídico", ED, 2005, t. 214-384).

(42) Ver ROUILLÓN, A., "Concursos con repercusión transnacional. La Ley Modelo de la CNUDMI (UNCITRAL) sobre Insolvencia Transfronteriza", International Insolvency Institute, Standardsville, 2000: https://www.iiiglobal.org/sites/default/files/14-_repercussions.pdf.

(43) GERBAUDO, G., "Consideraciones generales sobre el Anteproyecto de Ley de Insolvencia Transfronteriza", *Diario DPI*, 2018.

IV.4. Brasil

Por último, el 23 de enero de 2021 Brasil reformó su ley concursal entonces vigente —*Lei de Falência e Recuperação Judicial e Extrajudicial (LFR)*— (ley 11.101 de 2005) por medio de la sanción de la ley 14.112 incorporado las disposiciones de la Ley Modelo (47) y convirtiéndose en el primer país del Mercosur en receptar la totalidad de los principios de la CNUDMI en materia de insolvencia transfronteriza.

De esta manera, la LFR incorporó los principios de cooperación (art. 167-A y 167-P), trato nacional y no discriminación hacia los créditos extranjeros (art. 167-G), el derecho del representante extranjero a solicitar al juez la quiebra del deudor brasileño (art. 167-F) y reconocimiento del procedimiento extranjero en el que actúa (art. 167-H), con la consiguiente suspensión del procedimiento de ejecución contra el deudor (art. 167-M), y reconocimiento de procedimientos extranjeros (art. 167-J), entre otros.

Esto incentivó a que en mayo de 2021 el Tribunal Supremo Federal de Brasil adoptase las Directrices JIN para la comunicación y cooperación entre tribunales en asuntos de insolvencia transfronteriza, convirtiéndose Brasil en el primer Estado latinoamericano en adherirse a dichas recomendaciones (48). Como consecuencia de ello, en 2021 un Juzgado de Quiebras de Río de Janeiro reconoció por primera vez en Brasil un procedimiento concursal interpuesto en Singapur como “procedimiento principal extranjero” en aplicación del art. 167-J de la LFR (49).

(47) DUARTE FORSELL ADVOGADOS. “Brasil finalmente adota Lei Modelo da UNCITRAL sobre Insolvência Transnacional”, 2021. <https://dfalaw.com.br/brasil-finalmente-adota-lei-modelo-da-uncitral-sobre-insolvencia-transnacional/>

(48) Conf. el anuncio del TSF, disponible en <https://www.cnj.jus.br/justica-internaliza-tratado-de-comunicacao-em-insolvencia-internacional/>.

(49) Juzg. Com. N° 3 Río de Janeiro, expte. 0129945-03.2021.8.19.0001, disponible en <http://www.tjrj.jus.br/web/guest/noticias/noticia/-/visualizar-conteudo/5111210/14490525>, con nota de WESSELS, Bob, disponible en <https://bobwessels.nl/blog/2021-12-doc6-cross-border-insolvency-law-in-brazil/>.

Gracias a dicha reforma, la ley concursal brasileña es la única del Mercosur alineada con los estándares contemporáneos de armonización legislativa global sobre insolvencia transfronteriza.

V. Asimetrías y (des)armonización legislativa concursal internacional

Lo analizado hasta aquí demuestra que son evidentes las divergencias que actualmente mantienen entre sí las legislaciones concursales de los Estados del Mercosur y, producto de ello, que no hay armonización en el ámbito concursal.

En este sentido, Scotti sostiene que este conjunto de asimetrías legislativas en la materia “pone en juego diversos ordenamientos jurídicos, e intereses dispares requiere de bases mínimas, comunes de armonización, de puntos de encuentro entre las diversas legislaciones, máxime cuando estamos en presencia de un espacio integrado” (50).

De hecho, prueba de las asimetrías existentes son las discrepantes prioridades de los Estados parte a la hora de encarar las reformas de sus respectivas leyes concursales.

Ello por cuanto durante la pandemia Covid-19 en el período 2020-2021: i) ninguno de los proyectos de reforma de la LCQ argentina ni el de la LCRE uruguaya preveían enmendar sus normas sobre insolvencia transfronteriza; ii) en Paraguay, si bien el proyecto de reforma de la LQ preveía incorporar la Ley Modelo, no prosperó; y iii) Brasil reformó la LFR incorporando los estándares de la Ley Modelo y las Directrices JIN a su ordenamiento jurídico concursal, convirtiéndose en el primer país del Mercosur en incorporar los principios de la CNUDMI y el primero de toda la región en adherirse a dichas directrices.

Esta falta de armonización legislativa en materia de insolvencia internacional en los países del Mercosur tiene tres implicancias concretas en tiempos de Covid-19.

V.1. Tratamiento inequitativo de los créditos extranjeros

En primer lugar, los sistemas concursales de Uruguay, Paraguay y Argentina tienen en común

(50) SCOTTI, L., ob. cit., p. 191.

cierto trato desigual en relación con los créditos extranjeros, como indica Uzal: “entre los países integrantes del Mercosur, en general, los sistemas de DIPr. de fuente interna, en materia de insolvencia internacional, resultan insuficientes e incompletos, cuando no, innecesariamente discriminatorios” (51).

Que el acreedor local tenga preferencias por sobre el extranjero colisiona con las finalidades propias del proceso de integración ya que, en rigor de verdad, el acreedor cuyo crédito es pagadero en Brasil o Uruguay debería ser considerado como acreedor local en una quiebra decretada en Paraguay o Argentina (52).

Esta necesidad de reconocer el mismo carácter de acreedor local a los acreedores cuyos créditos deban ser pagaderos o abonados en uno de los Estados parte del Mercosur es subrayada por negre de alonso, quien fundamenta que no se puede pretender igualdad en las relaciones comerciales internacionales y que, ante el supuesto de crisis, se difiera el cobro de los créditos resultantes de tales relaciones *a posteriori* del cobro de los créditos locales (53).

En lo que respecta a la regla de la reciprocidad del art. 4º de la LCQ, es importante recordar la opinión de Heredia quien la evalúa como atentatoria del “principio de igualdad ante la ley de los acreedores (...) también es cuestionable en orden a una correcta integración regional en el marco del Mercosur” (54) y reconoce el objetivo reclamado por la doctrina argentina de modificar dicho artículo “para adecuarlo a la realidad que surge de la participación de la República Argentina en el Mercosur” (55).

La adopción de un régimen uniformado propendería a legitimar el principio de igualdad de trato y el remplazo del “acreedor local” por

“acreedor regional” conceptualizando este como “aquel cuyo crédito sea pagadero en cualquier Estado Miembro del área” (56).

V2. Falta de cooperación concursal internacional intra-Mercosur

La otra divergencia entre las legislaciones consiste en el área de la cooperación judicial internacional entre los tribunales antes los cuales tramitan los procedimientos de insolvencia de cada Estado parte, así como el acceso a la justicia de los administradores o síndicos de dichos procedimientos.

Como sostiene Rouillón, se trata de un “aspecto que suele ser clave para el éxito de los objetivos perseguidos por cualquier sistema moderno de coordinación de procedimientos de insolvencia con repercusión transfronteriza” (57).

En la actualidad los jueces argentinos, brasileños, uruguayos y paraguayos no están obligados a ningún deber de cooperación entre sí y recíprocamente (58) (ya que el deber de cooperación únicamente rige en la LFR brasileña y la LCRE uruguaya), no es posible la coordinación de procedimientos simultáneos sobre un mismo deudor (59) y los síndicos no tienen derecho de acceso directo a la justicia de cualquiera de los Estados parte (60).

Esto crea un estado de indefinición en relación con las calificaciones propias de la Ley Modelo “procedimiento extranjero principal”, “procedimiento extranjero no principal” o el “centro de los principales intereses” (o “COMI” - *center of main interests*) (61), el criterio determinante de atribución de competencia de la Ley Modelo.

(56) Conf. RODRÍGUEZ, M., ob. cit., p. 315.

(57) ROUILLÓN, A., “Concursos...”, ob. cit.

(58) Conf. los arts. 25 y ss., Ley Modelo.

(59) Arts. 28 y ss., Ley Modelo.

(60) Art. 9º, Ley Modelo.

(61) La Ley Modelo no define expresamente al COMI, sin embargo, el Reglamento de la UE en su art. 3º lo califica como “el lugar en el que el deudor lleve a cabo de manera habitual y reconocible por terceros la administración de sus intereses”, y ambos se basan en la presunción de que es el lugar del domicilio social del deudor, salvo prueba en contrario.

(51) UZAL, M. “Derecho internacional privado”, ob. cit., p. 1052.

(52) DROMI, R. - EKMEKDJIAN, M. - RIVERA, J., ob. cit., p. 322.

(53) NEGRE DE ALONSO, L., “Mercosur: necesidad de modificar algunas normas concursales”, LA LEY, 1994, cit. en HEREDIA, Pablo, “Tratado exegético de derecho concursal”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 2000, t. I, p. 301.

(54) HEREDIA, Pablo, ob. cit., p. 298.

(55) *Ibidem*, p. 301.

V.3. Impacto negativo en las IED

Desde una óptica macroeconómica global, estas discrepancias legislativas generan un impacto desfavorable ya que, como sostiene Araya (62), una regulación perjudicial de la insolvencia transnacional que desproteja los intereses de los inversores extranjeros constituye un incentivo negativo al arribo de nuevas IED.

Efectivamente, las asimetrías legislativas existentes sobre insolvencia internacional en el Mercosur traen aparejada una inseguridad jurídica producto de la desigualdad en la que se podrían encontrar los créditos de inversores extranjeros frente a los acreedores locales (del Estado del Mercosur receptor de la inversión extranjera).

En la misma línea también se ha afirmado que “los procedimientos y la ejecución de los derechos de los acreedores son capaces de crear un mejor ambiente económico, especialmente para los acreedores extranjeros que necesitan previsibilidad para aumentar los préstamos e invertir confianza” (63).

Se ha comprobado que esta previsibilidad puede afectar comercialmente una jurisdicción ya que es más probable que los prestamistas otorguen crédito cuando los resultados de las controversias se basen en “parámetros legales conocidos” (64).

Para el inversor extranjero un “parámetro legal conocido” se configuraría en caso de que las normas de DIPr de fuente interna de la ley concursal del Estado receptor estén alineadas con los estándares de la Ley Modelo CNUDMI de Insolvencia Transfronteriza. De allí que uno de los fines elementales de la Ley Modelo sea, justamente,

(62) ARAYA, T., “Cuestiones actuales sobre insolvencia transfronteriza”, RDC, “Concursos y quiebras - Doctrinas Esenciales”, LA LEY, 2008-1, 753.

(63) Ver LOCATELLI, F., “International Trade and Insolvency Law: Is the UNCITRAL Model Law on Cross-Border Insolvency an Answer for Brazil? (An Economic Analysis of its Benefits on International Trade)”, *Revista do Ministério Público do RS* nro. 63, Porto Alegre, 2009 (la traducción es propia), disponible en http://www.amprs.com.br/public/arquivos/revista_artigo/arquivo_1259072860.pdf.

(64) DEANE, F. – MASON, R., “The UNCITRAL Model Law on Cross-border Insolvency and the Rule of Law”, *International Insolvency Review*, INSOL International and John Wiley & Sons, 2016.

la promoción de una “mayor seguridad jurídica para el comercio y las inversiones” (65).

La ausencia de reglas conocidas y, por ende, de un marco jurídico armonizado en el ámbito de la insolvencia genera un obstáculo y desincentivo para el flujo de las IED en el Mercosur (66), desfavoreciendo el reposicionamiento del bloque en el contexto macroeconómico regional y global.

Vale recordar la importancia del compromiso mutuo de los Estados parte en la promoción de las inversiones recíprocas, ya que en 2017 se firmó el Protocolo de Cooperación y Facilitación de Inversiones Intra-Mercosur, actualmente en vigencia entre Argentina, Brasil y Uruguay.

Adicionalmente, desde una perspectiva birregional, los Estados del Mercosur y de la UE se encuentran en proceso de ratificación y revisión del texto del Acuerdo de Libre Comercio que ambos bloques alcanzaron (luego de más de 20 años de negociaciones bilaterales) en junio de 2019, siendo uno de sus fines basilares la eliminación de obstáculos discriminatorios innecesarios para el favorecimiento de las IED entre ambos bloques comerciales.

VI. Propuestas de un acuerdo Mercosur de insolvencia transfronteriza

Como fue referido en el apart. II, el arbitraje comercial internacional es un ámbito en el que el Mercosur logró la uniformización convencional y, posteriormente, la armonización legislativa de manera exitosa en relación con la convergencia de un DIPr de fuente internacional común a los cuatro Estados parte y las normas de DIPr de fuente interna alineadas con los estándares contemporáneos de derecho comercial internacional.

Teniendo en cuenta dicho precedente, la celebración y posterior entrada en vigencia en los Estados parte de un acuerdo o protocolo Mercosur de insolvencia transfronteriza sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI podría incentivar la armonización legislativa que efectivamente eli-

(65) Conf. el Preámbulo de la Ley Modelo.

(66) Conf. SCOTTI, L., ob. cit., p. 3. En el mismo sentido, puede verse RODRÍGUEZ, M., ob. cit., ps. 162-163 y 759.

mine las discrepancias legislativas existentes en este ámbito.

En suma, partiendo de algunas de las disposiciones Ley Modelo CNUDMI un Régimen de insolvencia transfronteriza del Mercosur podría contemplar (67):

i) en su ámbito de aplicación, los casos en los que: a) un tribunal o síndico mercosureño solicite asistencia en otro Estado parte del Mercosur respecto de un procedimiento de insolvencia radicado en dicho Estado parte del Mercosur; b) se solicite asistencia en un Estado parte del Mercosur en relación con un procedimiento de insolvencia que esté tramitando en otro; c) se estén tramitando simultáneamente y respecto de un mismo deudor más de dos procedimientos en el ámbito del Mercosur; y d) los acreedores cuyos créditos sean pagaderos en un Estado parte del Mercosur, tengan interés en solicitar la apertura de un procedimiento o en participar en un procedimiento que se esté tramitando en otro Estado parte;

ii) la competencia del tribunal del Estado parte donde se encuentra el centro de los principales intereses del deudor para la apertura del procedimiento principal, y la del tribunal del Estado parte donde el deudor tenga un establecimiento para el procedimiento secundario;

iii) la coordinación de procedimientos simultáneos abiertos en más de un Estado parte sobre un mismo deudor;

iv) en cuanto a la ley aplicable al procedimiento de insolvencia, la del Estado parte en cuyo territorio se abra dicho procedimiento (la *lex fori concursus*);

v) el estatus del “acreedor regional”, entendido como aquel cuyo crédito sean pagadero en cualquier Estado parte del Mercosur y que gozará de los mismos derechos que los acreedores nacionales respecto de la apertura de un procedimiento en Estado parte y de la participación en él; y

vi) el deber de cooperación e información entre los tribunales y síndicos del procedimiento concursal principal y los secundarios.

VII. Conclusiones

La crisis de la pandemia Covid-19 surge como una oportunidad para que los Estados parte del Mercosur se planteen uniformar y armonizar sus legislaciones nacionales en el ámbito de la insolvencia transfronteriza en línea con los estándares internacionales actuales.

Mientras el Mercosur no cuente con un régimen jurídico uniformado sobre insolvencia internacional, los tribunales de los Estados parte, al resolver concursos o quiebras en los que se surjan cuestiones extraterritoriales vinculadas a otro Estado del Mercosur, seguirán aplicando las normas de fuente nacional vigentes, las cuales (salvo la ley brasileña) poseen reglas inequitativas en relación con el crédito extranjero y no tienden hacia una cooperación jurisdiccional recíproca, contrariamente a los estándares legales contemporáneos.

La adopción de un acuerdo o Protocolo Mercosur de insolvencia transfronteriza sobre la base de la Ley Modelo CNUDMI incentivaría la armonización legislativa y, al hacerlo, se eliminarían las divergencias legislativas existentes en este ámbito.

Favorecer la cooperación y coordinación jurisdiccional en materia de insolvencia ciertamente ayudaría a alcanzar de un modo más eficiente la integración económico-comercial al conducir a una mayor optimización y protección del valor de los bienes de las empresas en dificultades financieras.

Asimismo, el reconocimiento del crédito “mercosureño” facilitaría las inversiones extranjeras directas ya que no se debería pretender la igualdad en las relaciones comerciales transfronterizas intra-Mercosur, cuando las normas de la mayoría de los Estados parte son inequitativas al legislar el tratamiento de los créditos “extranjeros” que confluyen ante un procedimiento concursal o falencial con repercusiones extraterritoriales.

Finalmente, le brindaría al bloque un clima de seguridad jurídica y previsibilidad, tan necesario y propicio para el arribo de futuras inversiones extranjeras directas en el Mercosur en tiempos de crisis pandémica global.

(67) Sobre las propuestas del contenido de un instrumento del Mercosur en este ámbito, se recomienda ampliar en SCOTTI, L., ob. cit., ps. 246-249; y en RODRÍGUEZ, M., ob. cit., ps. 760-793.

TECNOLOGÍA Y DERECHO PRIVADO

COMENTARIOS JURISPRUDENCIALES

FIRMA ELECTRÓNICA

Contratos de distancia. Diferencias con la firma digital. Instrumento particular no firmado. Imposibilidad de preparar la vía ejecutiva.

Con nota de Raúl A. Farías

1. — A tenor de lo normado por el art. 287, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com., debe considerarse que el título base de la ejecución promovida, al no estar suscripto con firma digital por el deudor sino con firma electrónica, integra la categoría de instrumento particular no firmado, respecto de los que no puede prepararse vía ejecutiva, no obstante la validez jurídica y eficacia que pueda tener, cuya dilucidación no puede realizarse por el andarivel elegido.
2. — Sin perjuicio de la validez jurídica que pueda tener la contratación que según se denuncia se habría celebrado por medios electrónicos, con firma electrónica y los efectos propios que pudieran derivarse de aquella, cuya dilucidación debe darse por la vía procesal de conocimiento que permita mayor debate y prueba, en orden a un reclamo de cumplimiento del contrato de mutuo que se afirma como incumplido por la demandada, corresponde desestimar la posibilidad de preparar directamente la vía ejecutiva, ya que se trata de un instrumento particular no firmado, pues el Código Procesal no contempla la realización de aquel procedimiento excepcional con instrumentos de esa categoría.
3. — El art. 288, segundo párr. del Cód. Civ. y Com. establece que en los instrumentos generados por medios electrónicos el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento.
4. — Los arts. 1105, 1106, 1107 y ss. del Cód. Civ. y Com. permiten la celebración de contratos a distancia mediante soportes electrónicos u otra tecnología similar, aun en contrataciones con consumidores. Y nada impide que un contrato de mutuo, como consensual que es, sea celebrado entre mutuante y mutuario a distancia por canales electrónicos.
5. — El art. 523 inc. 1º del Cód. Proc. Civ. y Com. autoriza la preparación de la vía ejecutiva pidiendo que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución. Esta etapa preparatoria no tiene otro alcance procesal que el de constituir una tramitación previa, sin juicio contradictorio entre las partes, destinada a abonar la firma inserta en un

instrumento privado en cuyo mérito se intenta producir consecuencias jurídicas para originar un proceso ejecutivo.

CCiv. y Com., San Isidro, sala II, 14/12/2021. - Afluenta SA c. Celiz, María Marta s/ cobro ejecutivo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/206603/2021]

Expediente: SI - 30672 - 2021

2ª Instancia. - San Isidro, diciembre 14 de 2021.

1. La resolución de fecha 23/11/21, por medio de la cual la Jueza de grado rechazó la preparación de la vía ejecutiva propuesta por la ejecutante "Afluenta SA", como fiduciaria del "Fideicomiso Afluenta I", contra la Señora María Marta Celiz, a quien dijo haberle prestado sumas de dinero mediante un mutuo que según relató habría sido suscripto con firma electrónica por la ejecutada en su plataforma accesible a través de internet, y, que, a consecuencia de ello, indicó que debía reconducirse el trámite hacia un proceso de conocimiento sumario, mereció la interposición, en fecha 30/11/2021, de un recurso de revocatoria con apelación en subsidio por el mandatario de la firma actora.

Desestimada la reposición por auto del día 06/12/2021, se concedió la apelación.

Se agravia el recurrente de lo resuelto por la magistrada en el pronunciamiento en crisis.

Afirma que aquella omitió considerar el requisito establecido por el art. 5º, *in fine*, de la Ley 25.506, por el que la aludida firmante (la deudora) debe primero desconocer su firma electrónica para, recién entonces, su representada, tener el deber de acreditar su validez. Eventualmente, por qué no, en un proceso de conocimiento.

Sostiene que es aquel requisito el que determina, en un caso con estas características (incumplimiento contractual por parte del firmante), la necesidad de realizar una citación previa de la deudora, con el objeto de que cumpla de manera fehaciente en reconocer o desconocer la firma electrónica que se le atribuye.

Explica que debido a la novedad del negocio presentado a juicio, y por no estar específicamente aún legislado, el debate surge entonces respecto al camino procesal que corresponde para cumplir con la mentada citación.

Señala que el documento presentado en autos para su ejecución trata de un contrato de mutuo, celebrado a distancia y por medios electrónicos como autoriza el Cód. Civ. y Comercial (art. 1105 y ss.), cuya trazabilidad se encuentra debidamente almacenada, y, que, reúne los elementos que requiere el art. 518 del Cód. Proc. Civ. y Comercial para proceder ejecutivamente,

luego de preparada la vía correspondiente (art. 521 inc. 2° y art. 523 inc. 1°).

Aduce que en dicho documento consta una obligación de dar sumas de dinero, exigible, por ser de plazo vencido, y, que es autosuficiente, ya que en él constan todos los términos del contrato, que, luego, según relata, fue incumplido.

Menciona que el proceso de preparación de la vía ejecutiva decanta como el indicado para resolver un caso con estas características, pues, si de la citación a la aludida deudora surgiera un reconocimiento de su firma, el documento suscripto será un instrumento reconocido judicialmente, y, en consecuencia, un título ejecutivo.

Refiere que la Jueza de grado rechazó el camino procesal propuesto por el novedoso método por el cual se celebró el contrato de préstamo, y, en particular, por el medio utilizado por el firmante para manifestar su declaración de voluntad: la firma electrónica.

Relata que en la demanda se dio detalle del proceso de validación de identidad y autenticación de la mutuataria, de la solicitud y de la acreditación del préstamo otorgado en su cuenta bancaria.

Sostiene como razones de derecho que justifican la vía utilizada para perseguir el cobro de lo adeudado por la ejecutada, en primer lugar, la Ley de Firma Digital (N° 25.506). Afirma que ella autoriza la utilización tanto de la firma digital como de la firma electrónica como medio de suscripción de un documento digital (art. 1°), y, que, de acuerdo con la Ley, las diferencias entre la utilización de unas y de otras son sustanciales ya que les otorga plena fe a las primeras, y, de ser desconocidas las segundas, no presume ni la autoría de la firma ni la integridad de los documentos firmados, independientemente de lo robustos que sean sus sistemas.

No obstante, menciona que aquello no significa que una firma electrónica no sea una firma válida. Y de allí surge el requisito pensado por el legislador, del previo desconocimiento de la firmante. Dice que hasta que no sea desconocida, la firma es válida. Relata que la firma electrónica es la forma de exteriorización de voluntad más utilizada en nuestro país, superando incluso a las firmas ológrafas, ya que no puede soslayarse que cualquier transacción realizada en el e-commerce se efectiviza utilizando esta tecnología, y nadie pone en discusión la validez de aquellas operaciones.

Puntualiza que la firma electrónica no cuenta con las presunciones enunciadas, con las que sí cuenta una firma digital, y, que, es por ello, que, en caso de ser esta desconocida, la carga probatoria corresponderá a quien la invoque, en este caso al mutuante. Aduce que ello se da en un paso posterior, pues, debe

procederse a la citación primero para su reconocimiento.

Dice que la citación de la deudora corresponde. Tanto más si se tiene en cuenta que se trata del examen previo de viabilidad que debe realizar el Juez antes de dar curso al trámite ejecutivo, en el que luego la demandada dispondrá de todas las defensas que el rito le autoriza en caso de no haber tomado el préstamo en cuestión, como sucede en cualquier proceso de preparación de la vía ejecutiva de un instrumento firmado de puño y letra.

Refiere que la ley procesal diseñó especialmente el proceso ejecutivo como la vía adecuada para hacer efectivos créditos, como el caso que aquí se presentó, pero, lógicamente, pensado para una economía en papel.

Explica que actualmente los procesos se están concluyendo a distancia, de manera remota y por medios electrónicos, dejando trazabilidad ante cada movimiento y perfeccionándose los contratos con la efectiva acreditación de los fondos prestados en la cuenta bancaria cuya titularidad pertenece al solicitante, luego de una debida validación de su identidad.

Menciona que los usos suelen preceder a la Ley, y, que, en ese estadio nos encontramos, pero como bien previó la norma procesal, para que un documento que cumpla con los recaudos del art. 518 del Cód. Procesal adquiera el status de título ejecutivo, se debe consultar a la aludida si la firma le pertenece (art. 523), ya que su respuesta evacuaría las dudas fijadas por el rito respecto a aquellos documentos que no encuadren por sí solos en el art. 521.

Sostiene que con la citación de la deudora, además, se zanjaría el debate doctrinario respecto a los documentos particulares no firmados y a los instrumentos privados, ya que, ante la eventual confirmación judicial por parte del firmante, se tornaría dicha discusión en abstracta.

Reclama de los Jueces la resolución de estas circunstancias novedosas que aún no se encuentran específicamente legisladas, según sostiene, pero que la sociedad utiliza y acepta, apegándose a la piedra de la Ley o bien adaptando la normativa existente, dentro del marco legal en su conjunto.

Denuncia que el Dr. Chomer, Juez capitalino en lo Comercial, lo explica con claridad en autos “Afluenta c. Longo s/ Ejecutivo (Expte. N° 34.899/2019)”. Relata que aquel afirmó, en favor del procedimiento elegido para la citación del firmante, lo siguiente: “...No desconozco que el avance de las nuevas tecnologías conlleva la necesidad de adaptación de los Magistrados a circunstancias innovadoras, muchas veces no previstas en el ordenamiento jurídico. La acción ejecutiva es un privilegio que la ley procesal les otorga a ciertos

tipos de títulos, siempre y cuando se encuadren en las disposiciones que esta señala. En ese sentido, podemos decir que la acción no persigue la declaración de derechos controvertidos, sino que constituye un procedimiento para hacer efectivo un crédito que viene ya establecido en el susodicho documento (Donato, Jorge D., “Juicio Ejecutivo”, Ed. Universidad, Bs. As., 2008, 5ª Edición, p. 68). En el caso de autos, la ejecutante pretende preparar la vía sobre la base de un título electrónico. La Ley N° 25.506 en su art. 3° le da un alcance y amplitud a la firma digital muy importante puesto que “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital (...)”. Sin embargo, el documento digital de autos fue signado a través de la firma electrónica de la ejecutada, por lo que carece de la presunción de validez que establece la norma (conf. Ley 25.506: 2, 7 y 9). En ese entendimiento, requiere inescindiblemente la confirmación del firmante. (Falcón, Enrique M., “Juicio Ejecutivo y Ejecuciones Especiales” Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, 2ª edición, p. 311)...

Relata que coincidieron con la solución Magistrados de la Justicia Nacional en lo Comercial, como Civil y Comercial de diversas Jurisdicciones de la Provincia de Buenos Aires, que han tenido que decidir en que la preparación de la vía ejecutiva era el proceso indicado para citar al firmante.

Señala que la denegación de la preparación de la vía ejecutiva implicaría un dispendio jurisdiccional evitable, ya que de un juicio de conocimiento se obtendría idéntico resultado procesal aunque injusto para el acreedor, debido a la incertidumbre que implica el deber recurrir a un largo e ineficiente proceso que no fue diseñado para hacer efectivos créditos, tal como el que fue presentado ante VS.

Dice que denegándose la posibilidad de recurrir a la vía ejecutiva a las empresas que utilizan la tecnología para, entre otras cosas, incluir a muchas personas sin historial crediticio al sistema financiero, se genera una inequidad frente a los que garantizan sus préstamos con papel y lapicera, perjudicándose solo a los usuarios.

Destaca que si el contrato de mutuo hubiera sido suscripto con la firma digital de la demandada, el documento sería un título ejecutivo por sí mismo y no resultaría necesaria la preparación de la vía para su eventual ejecución (art. 521 inc. 2 Cód. Procesal), por ser equiparable en sus efectos a la firma ológrafa certificada por escribano público (art. 2° del Dec. 182/2019 y modif.).

Reitera que la citación corresponde, y, que la preparación de la vía ejecutiva se impone como el camino adecuado para consultar a la aludida si firmó o no firmó electrónicamente el préstamo que recibió

en su cuenta bancaria, y su respuesta funcionará, además, como remedio ante las inequidades con las que conviven las empresas llamadas Fintech y a los arduos debates doctrinarios en la materia, al menos hasta que se realicen las actualizaciones de la Ley de Firma Digital en materia de firmas electrónicas y que recurrir al juicio ejecutivo, como corresponde, sea piedra de Ley.

Pide se revoque lo decidido y se provea a la citación de la deudora al reconocimiento o desconocimiento de su firma electrónica, en los términos desarrollados en la demanda.

2. La resolución apelada.

La magistrada de grado rechazó la posibilidad de preparar la vía ejecutiva, en el entendimiento de que la documentación aportada por la parte ejecutante, por tratarse de un instrumento particular no firmado, no permitía que fuera considerado título hábil para la ejecución, ni susceptible de permitir su preparación como tal.

Para así decidir, sostuvo la Jueza a quo que se apreciaba en la especie que la solicitud de préstamo acompañada no reunía los requisitos necesarios para ser considerada un título ejecutivo hábil, o susceptible de ser preparado en los términos del artículo 523 inciso 1° como se pretendía. Reparó en que la propia parte ejecutante reconoció que la manifestación de la voluntad del demandado habría sido exteriorizada por medio de una “firma electrónica”, y, que, no obstante ello, y más allá del valor probatorio que pudiera asignársele en los términos del art. 319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, lo jurídicamente relevante en este caso concreto, era, a su entender, que la absoluta ausencia de una firma ológrafa o “digital” atribuida al accionado impedía considerar que se encontrase ante un título ejecutivo, pues el inciso 2° del artículo 521 únicamente le otorga eficacia ejecutiva al instrumento privado suscripto por el obligado.

Citó el art. 288 Cód. Civ. y Com. de la Nación, y, aludió a que según el artículo 287 del Código citado, instrumentos privados son aquellos que cuentan con la firma de la persona, y, que, el requisito de la firma del sujeto solo puede considerarse estrictamente cumplido en este aspecto si hay una firma ológrafa o bien una firma digital que asegure indubitadamente la autoría e integridad del documento (arg. art. 288 ya citado).

Adujo que la diferenciación entre los instrumentos privados y los instrumentos particulares no firmados era especialmente trascendente en materia probatoria.

Explicó que la documentación aportada por la ejecutante no es un instrumento privado a los que alude el art. 521 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, sino un documento particular no firmado, cuya aptitud probatoria debe ser ponderada bajo los parámetros dados

por el artículo 319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, concluyendo, que, en el sub examen, los documentos en que se funda la ejecución de marras entran en esta última categoría, porque no tenían firma ológrafa o digital, sino electrónica.

En ese marco, sostuvo que era ineludible concluir en que la ejecución intentada no se sustentaba en un “instrumento privado suscripto por el obligado” como lo establece el artículo 521 inc. 2° del Cód. Proc. Civ. y Comercial, por lo que consideró que no era admisible la preparación de la vía que se pretendía desarrollar, aun cuando se invocara la existencia de una firma electrónica.

En definitiva, desestimó con esos argumentos la preparación de la vía ejecutiva solicitada.

3. La solución.

3.1. El art. 523 inc. 1° del Cód. Proc. Civ. y Comercial autoriza la preparación de la vía ejecutiva pidiendo que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución. Esta etapa preparatoria no tiene otro alcance procesal que el de constituir una tramitación previa, sin juicio contradictorio entre las partes, destinada a abonar la firma inserta en un instrumento privado en cuyo mérito se intenta producir consecuencias jurídicas para originar un proceso ejecutivo (Cám. 2ª, Sala I, La Plata, causa B-62.195, r.i. 61/87).

De tenerse por reconocida por hipótesis la firma del presunto deudor en instrumento privado durante dicho trámite preparatorio (cf. arts. 523 inc. 1° y 524 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) e independientemente de que pudiere haberse negado su contenido, quedará preparada por disposición de la ley de rito la acción ejecutiva (cf. art. 525 del Código citado), y, ello permitirá que se curse mandamiento de intimación de pago, embargo y citación para oponer excepciones al deudor (cf. arts. 521 inc. 2°, 525, 529 y 540 del Cód. Procesal).

Ahora, el Juez, en uso de las facultades conferidas por los arts. 518 y 529 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, pueda analizar “prima facie” si el documento acompañado resulta susceptible de ejecución, pues no corresponde preparar la vía ejecutiva con un documento que nunca podrá convertirse en ejecutivo (conf. Morello... “Códigos...”, T. VI-1, p. 263; causas 54.506 r.i. 226/91 de la Sala IIª —anterior— y SI-21255-2012 r.i. 77/13 del 21/03/2013 de esta Sala IIª —aunque con distinta integración—).

3.2. La ley argentina permite la celebración de contratos a distancia mediante soportes electrónicos u otra tecnología similar, aun en contrataciones con consumidores (arts. 1105, 1106, 1107, ss. y ccdtes. del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Y, nada impide que un contrato de mutuo, como consensual que es (cf. art. 1525 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), sea celebrado entre mutuante y mutuario a distancia por canales electrónicos.

La proliferación de la oferta online de créditos, la flexibilización de las formalidades que rodean a la instrumentación de los mismos y el sostenido crecimiento de potenciales clientes, deseosos de hacerse de cierta liquidez dineraria con tal solo utilizar el teclado y el mouse de la computadora, o tocar la pantalla touch de un smartphone o tablet, trajo consigo un efecto colateral no menor, un aumento exponencial de deudas documentadas únicamente por medios electrónicos y que tarde o temprano comenzarían a llegar a los estrados judiciales para perseguir su recupero (Bielli, Gastón y Ordoñez, Carlos, “Inconvenientes, dilemas y debates procesales de la ejecución de créditos Fintech”, publicado en “Fintech: Aspectos legales”, Mora, Santiago. J. - Palazzi, Pablo. A. (Compiladores), “CDYT, Colección Derecho y tecnología”, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, T. III, compartido por Instituto Argentino de Derecho Procesal Informático, “<https://iadpi.com.ar/2021/05/20/titulos-ejecutivos-electronicos-proceso-ejecucion/>”).

Como explica dicha calificada doctrina en la materia, la tendencia actual en la mayoría de las plataformas o aplicaciones de contratación es obtener el consentimiento del usuario a través de un enlace o link con la expresión “aceptar”, para ello es necesario que exista una previa registración en el sitio y una validación de la identidad del sujeto, cuyas exigencias pueden ser de mayor o menor rigurosidad dependiendo de las políticas de seguridad allí empleadas. De esta manera, la manifestación de voluntad se obtiene pulsando un icono o una imagen de esa naturaleza que implica lisa y llanamente la aceptación de términos y condiciones generales que ya fueron predeterminados por el oferente, sin posibilidad de discutir sus términos, y que normalmente están dispersas en varias ventanas o celdas del portal. Esta particular modalidad, arroja como resultado que el instrumento privado resultante este conformado por diferentes archivos electrónicos que hacen al registro de la información necesaria para el perfeccionamiento de la voluntad obligacional, es decir, difícilmente exista un archivo único que contenga todos los elementos del contrato, salvo que la plataforma emita un instrumento de tales características a modo de resumen, que de todos modos no dejara de ser una copia de la información existente en el sistema. Lo complejo de estos documentos es que generalmente la información esencial que los componen esta encofrada en el ecosistema del cual forman parte y únicamente a través de este vamos a acceder a estos valiosísimos datos y en su caso, verificarlos. Esta última peculiaridad parecería poner en serio peligro el carácter autosuficiente que debe revestir el título ejecutivo y que tanta trascen-

dencia tiene en estos procesos (Bielli-Ordoñez, obra y publicación citada).

Y, si bien la firma del deudor puede resultar en tal caso electrónica, pues, el uso de la firma digital en Argentina no es de costumbre, por ahora, en la actividad de financiación consumeril, ante la mora por falta de pago, surge la temática relacionada a si debe o no permitirse la preparación de la vía ejecutiva.

Ahora bien, el juicio ejecutivo detenta matices especiales que fueron estructurados en concordancia a la impronta propia de los títulos de créditos papelizados, cuya circulación, presentación y prueba es totalmente diferente a los títulos de créditos digitales o electrónicos, lo que sin dudas incide en el cauce procesal, en las defensas que pueden articular las partes y en el repertorio probatorio que pueden utilizar las mismas (Bielli-Ordoñez, obra citada).

No obstante ello, y lo resuelto por la magistrada de grado en torno a la imposibilidad de ejecutar o preparar la vía en documentos que consideró integraban la categoría de instrumentos particulares no firmados (cf. art. 287 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), lo cierto es que no toda la doctrina y jurisprudencia comparte aquella solución.

No desconocemos los suscriptos la existencia de precedentes judiciales en uno u otro sentido. Así, es, que, no hay uniformidad de criterio al respecto.

Veamos algunas conclusiones doctrinarias.

Los autores ya mencionados de la especialidad propugnan soluciones diferentes.

Sostienen que las implicancias prácticas de esta tesis restringida hacen que el documento electrónico donde —por ejemplo— se aloje un contrato con firma electrónica carezca de eficacia legal para acreditar autoría y contenido, aun cuando fuera reconocido por la contraria, originando una discriminación jurídica insostenible e incompatible con el concepto actual de firma. Se consideran así muy críticos de este desplante a la firma electrónica, que no solo contraría, según dicen, el texto y el espíritu de la Ley de Firma Digital (25.506), sino que también constituye a su entender un atentado manifiesto al principio de libertad de formas consagrado en Cód. Civ. y Comercial y que vacía de contenido a un axioma tan amplio, flexible y benéfico para las partes (Bielli-Ordoñez, obra citada).

Refieren que la firma electrónica, al igual que la firma digital o la ológrafa, permite identificar a su emisor. Explican que el sistema informático creado al efecto automáticamente asocia la operación a un usuario determinado, y, en definitiva, concluyen que la eficacia identificadora de la firma electrónica, no puede ser desmerecida como una forma válida para la

celebración de cualquier acto jurídico (salvo aquellos casos en que exista otra solemnidad fijada por el orden jurídico) y en consecuencia, goza de eficacia legal para ser utilizada en la celebración de contratos electrónicos, permitiendo calificar al documento como “firmado” (instrumento privado), siempre y cuando se cumplan los presupuestos para su validez (Bielli-Ordoñez, obra citada).

Otros, consideran que el uso de firmas electrónicas en el contrato de mutuo que no exige firmas manuscritas, es apto y da un instrumento privado y no, como señala parte de la doctrina, únicamente un instrumento particular no firmado, el cual no sería útil para acceder al proceso ejecutivo. Sostienen que sin embargo, aquí sí será necesaria la preparación de la vía ejecutiva, como sucedería con la firma no certificada por notario, y, refieren que las prescripciones del Cód. Civ. y Com. de la Nación y de la Ley de Firma Digital son aplicables. Manifiestan que ello sería posible porque el Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación no prohíbe el procedimiento en el caso de haberse empleado firmas electrónicas, señalando que por lo tanto el primer paso será la citación del deudor al reconocimiento de su firma (Chomczyk, Andrés, “Ejecución de créditos digitales de la industria fintech”, en “Fintech: Aspectos legales”, Mora, S. J. - Palazzi, P. A. (Compiladores), CDYT Colección Derecho y tecnología, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 2019, T. I, ps. 393 y 394).

3.3. En lo que nos interesa a los efectos de la resolución de esta causa, podría sostenerse que existen en Argentina tres tipos de firmas. La firma ológrafa o manuscrita, la firma digital y la firma electrónica.

La Ley de Firma Digital N° 25.506 y el Cód. Civ. y Com. de la Nación (vigente desde el 01/08/2015 —cf. art. 7 de la ley 26.994 en su texto ordenado por ley 27.077—) no definen qué es “Firma Digital” y qué “Firma Electrónica”.

Las diferencias entre uno y otro concepto se extraen de los requisitos que exigen dichas normas para considerar cuando se configura una u otra firma.

La Ley de Firma Digital citada detalla en su artículo 2° qué se entiende por Firma Digital, esto es: “...al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma. Los procedimientos de firma y verificación a ser utilizados para tales fines serán los determinados por la Autoridad de Aplicación en consonancia con los estándares tecnológicos internacionales vigentes”.

Luego, en los arts. 7 y 8, otorga presunciones de autoría e integridad, respectivamente, para la “Firma Digital”.

En lo atinente a la presunción de autoría, contempla que: “Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma” (art. 7°), y, sobre la presunción de integridad, dispone que: “Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”.

Por su parte, el art. 288 segundo párrafo del Cód. Civ. y Com. de la Nación establece que: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento”. Se estableció así los mismos requisitos para la configuración de un supuesto de firma digital, no obstante lo cual, también se agregó la mención a que “asegure indubitavelmente” lo concerniente a la autoría e integridad del documento, dando así mayor presión sobre el concepto aludido en la Ley de Firma Digital.

Ahora, en su artículo 3°, la Ley de Firma Digital establece que: “Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

De esta manera, se satisface el requerimiento de firma ya sea con la ológrafa o con la digital.

Por el contrario, se extrae que con “Firma Electrónica” no queda satisfecho el requisito de firma en esos mismos términos. El artículo 5° de la ley especial citada, contempla que: “Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

En el caso de “Firma Electrónica”, ante su desconocimiento, se invierte la carga de la prueba, y, recaerá entonces en quien la invoca acreditar su validez.

Los instrumentos firmados con “Firma Electrónica” entran en la categoría de instrumentos particulares no firmados previstos en el Cód. Civ. y Com. de la Nación.

El instrumento privado no firmado con firma ológrafa o con firma digital (cf. art. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), debe ser considerado instrumento particular no firmado (cf. art. 287 del Código citado). En esta última categoría la norma mencionada incluye a “todo escrito no firmado, entre otros los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información” (textual; la negrilla es nuestra).

3.4. De lo explicado se concluye, tal como se ha sostenido doctrinariamente, que: “Una vez obtenida la firma digital, la Ley de Firma Digital y el Cód. Civ. y Comercial indican que esta tiene:

—la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2° y 3° de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Comercial);

—presunción de autoría, pues —salvo prueba en contrario— se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7° de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Comercial); y —presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserta una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital (art. 8° de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Comercial).

Es decir que la firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la autoría e integridad del documento digital” (cf. Abdelnabe Vila, María Carolina, “¿Acaso no es firma digital una firma certificada?”, LA LEY, 31/02/2020, 31/08/2020, 2; cita online: AR/DOC/2879/2020; ap. II).

Ahora, si bien el art. 1° de la Ley de Firma Digital N° 25.506 del año 2001 reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que se establece en dicha norma, es decir, con las diferencias que allí se contempla entre una y otra, lo cierto es que, como se reseñó una norma posterior como es el Cód. Civ. y Com. de la Nación, estableció, en lo que nos interesa, en su art. 288 segundo párrafo, que: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitavelmente la autoría e integridad del instrumento”.

Y, a tenor de lo normado por el art. 287, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com. de la Nación citado, debe considerarse que el título base de la ejecución promovida, al no estar suscripto con firma digital por el deudor, sino con firma electrónica, integra la categoría de instrumento particular no firmado, respecto de los que no puede prepararse vía ejecutiva; no obstante claro está la validez jurídica y eficacia que pueda

tener, cuya dilucidación no puede realizarse por el andarivel elegido.

Es que, como se explicó, el título acompañado no integra la categoría de instrumento privado, que, por disposición de la ley, son aquellos instrumentos particulares que están firmados (cf. art. 287, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com. de la Nación), siendo estos últimos, respecto de los cuales el Cód. Proc. Civ. y Comercial de la Provincia de Buenos Aires permite preparar la vía ejecutiva mediante la citación al deudor para su reconocimiento (cf. arts. 523 inc. 1° y 521 inc. 2°).

Entonces, como en el caso sub examen pretende prepararse la vía ejecutiva respecto de un mutuo suscripto según se denuncia por la ejecutada por un medio electrónico, con firma electrónica, es claro que no puede considerarse que el instrumento ejecutado haya satisfecho el requisito de firma previsto en el Código sustancial aludido, y, que, por ende, sea un instrumento privado. Para que ello ocurriera, nos vemos forzados a concluir que debió contar, en rigor, con firma manuscrita o digital del deudor (cf. arts. 288 del Cód. Civ. y Com. de la Nación y 3° de la Ley de Firma Digital mencionada).

Cabe puntualizar, a sus efectos, que, en igual tesitura, el Código Penal de la Nación, en su artículo 77 (t.o. según ley 26.733; B.O. 28/12/2011), contempla que los términos “firma” y “suscripción” comprenden la firma digital, la creación de una firma digital o firmar digitalmente, y, que, los términos “instrumento privado” y “certificado” comprenden el documento digital firmado digitalmente.

Sobre dicho tópico y considerando al derecho Argentino como un todo, calificada doctrina en la materia se ha volcado por sostener que no resulta posible admitir que la firma electrónica no fuera equiparable a la firma ológrafa en el Derecho Penal, pero que si lo fuera en el Derecho Civil y/o en el Derecho Comercial (Mora, Santiago J., “Documento Digital, Firma Electrónica y Digital”, Diario LA LEY, 31/12/2013, citado,

por Mora, Santiago J., en “Documentos digitales, firmas digitales y firmas electrónicas. La evolución de su situación en Argentina”, p. 140).

No obstante, la firma electrónica servirá, igualmente, para acreditar manifestaciones de voluntad, salvo los casos en que determinada instrumentación fuere impuesta (art. 286 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Pero, cabe recordar, que, “el valor probatorio de los instrumentos particulares debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, la congruencia entre lo sucedido y narrado, la precisión y claridad técnica del texto, los usos y prácticas del tráfico, las relaciones precedentes y la confiabilidad de los soportes utilizados y de los procedimientos técnicos que se apliquen” (art. 319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación).

Por todo lo expuesto, y, sin perjuicio de la validez jurídica que pueda tener la contratación que según se denuncia se habría celebrado por medios electrónicos, con firma electrónica, y, los efectos propios que pudieren derivarse de aquella, cuya dilucidación debe darse por la vía procesal de conocimiento que permita mayor debate y prueba (cf. arts. 320 inc. 1° del Cód. Proc. Civ. y Comercial —t.o. según ley 14.365— y 1° de la Ley de Firma Electrónica anteriormente citada y 286, 287 y 319 del Cód. Civ. y Com. de la Nación), en orden a un reclamo de cumplimiento del contrato de mutuo que se afirma como incumplido por la demandada, corresponde confirmar la resolución apelada, que, a su turno, desestimó la posibilidad de preparar directamente la vía ejecutiva contra aquella respecto de lo que se consideró, y resulta ajustado a derecho vigente, era un instrumento particular no firmado, pues, como se explicó, el Código Procesal no contempla la realización de aquel procedimiento excepcional con instrumentos de esa categoría (cf. causas SI-30687-2021 del 18/11/2021 RR 205 y SI-30678-2021 del 18/11/2021 RR 206, entre otras, de esta misma Sala II), sin costas de Alzada atento la falta de sustanciación y por ende de oposición (art. 68 del Código de rito), lo cual así se decide. — Jorge L. Zunino. — María F. Nuevo.

Preparación de la vía ejecutiva en documentos firmados electrónicamente

Raúl A. Farías (*)

Sumario: I. El caso.— II. La resolución.— III. Los agravios.— IV. Fundamentos de la Cámara.— V. Instrumento privado vs. instrumento particular no firmado.— VI. Conclusión.

I. El caso

La jueza de grado rechazó la preparación de la vía ejecutiva efectuada por la ejecutante “Afluenta SA”, como fiduciaria del “Fideicomiso Afluenta I”, contra la demandada Sra. María Marta Celiz a quien le prestó sumas de dinero mediante un mutuo suscripto por la última con firma electrónica en la plataforma en internet de la ejecutante, resolviendo que el trámite debía ser reconducido hacia un proceso de conocimiento sumario.

Dicha resolución fue atacada mediante recurso de revocatoria con apelación en subsidio por la actora. Desestimada la reposición, se concedió la apelación que tramitó por ante la Sala Segunda de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial San Isidro, donde fue confirmado el fallo de primera instancia, con fecha 14 de diciembre de 2021 (1).

Resulta de interés examinar los argumentos del *a quo*, los contenidos en los agravios y los del tribunal en apoyo de aquella resolución con los

que la confirmó, ya que parece ser este un caso en el que —en principio— todos tienen razón, pero el aparente empate será dirimido por la fuerza de una norma a la que la realidad y la indudable perspectiva de evolución de los nuevos negocios tecnológicos le reclaman cambiar, y en el actual contexto de país, en forma urgente.

II. La resolución

La *a quo* fundó su rechazo en que la documentación aportada por la ejecutante (una solicitud de préstamo) no reunía los requisitos necesarios para ser considerada un título ejecutivo hábil o susceptible de ser preparado en los términos del art. 523, inc. 1º, del Cód. Proc. Civ. y Com., como se pretendía, sino que se trataba de un “instrumento particular no firmado”. Gravitó en este análisis el reconocimiento de la ejecutante en punto a que la manifestación de la voluntad de la demandada se había exteriorizado por medio de una firma electrónica y que aún sin restarle valor probatorio en los términos del art. 319 del Cód. Civ. y Com., encontró que lo jurídicamente relevante aquí era que la absoluta ausencia de una firma ológrafa o de una firma digital atribuida a la accionada, impedía considerar que se encontrase ante un título ejecutivo, ya que el inc. 2º del art. 521 del Cód. Proc. Civ. y Com. únicamente otorga eficacia ejecutiva al instrumento privado suscripto por el obligado.

En este punto cabe recordar que conforme al art. 287 del Cód. Civ. y Com., son instrumentos privados los que cuentan con la firma de la persona y que de acuerdo con el art. 288, “el requisito

(*) Abogado; posgrado Derecho de Alta Tecnología UCA 2010; director del CINTEC, Centro de Investigación de Nuevas Tecnologías para la Justicia en FORES (Foro de Estudios sobre la Administración de Justicia).

(1) CCiv. y Com. San Isidro, sala II, 14/12/2021, “Afluenta SA c. Celiz, María Marta s/ cobro ejecutivo”, registro electrónico 279; firmantes: Zunino, Jorge Luis - juez; Nuevo, María Fernanda - jueza; Arazí, Valeria - secretaria de Cámara.

de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital que asegure indubitablemente la autoría e integridad del instrumento”.

Resulta así para la jueza *a quo* especialmente trascendente en materia probatoria la diferencia entre los instrumentos privados y los instrumentos particulares no firmados, negándole a la documentación presentada por la actora el carácter de instrumento privado del art. 521, inc. 2º, del Cód. Proc. Civ. y Com. *por carecer de firma ológrafa o digital* (solo estaban firmados electrónicamente) y ubicándolos, por tal razón, entre los *instrumentos particulares no firmados*, cuyo valor probatorio debe ser apreciado por el juez ponderando, entre otras pautas, las establecidas en el art. 319 del Cód. Civ. y Com.

Siguiendo ese razonamiento, la jueza *a quo* desestimó el intento de preparación de la vía ejecutiva, concluyendo que “la ejecución intentada no se sustentaba en un “instrumento privado suscripto por el obligado” como lo establece el art. 521, inc. 2º, del Cód. Proc. Civ. y Com., aun cuando se invocara la existencia de una firma electrónica.

III. Los agravios

Por su parte la actora se quejó de que la jueza *a quo* hubiera omitido considerar el requisito del art. 5º (2), *in fine*, de la ley 25.506, de cuyo texto se infiere la imposición de un orden de actuación lógico, ya que la carga de acreditar la validez de la firma por quien la invoca (la actora) deviene como consecuencia necesaria de un acto previo que consiste, tratándose de un pretendido título ejecutivo, en la citación a reconocer esa firma, dejando expedita la vía en caso positivo o derivando en un proceso de conocimiento en caso contrario.

Sostiene que es aquel requisito el que determina, en un caso con estas características (incumplimiento contractual por parte del firmante), la necesidad de realizar una citación

previa de la deudora, con el objeto de que cumpla de manera fehaciente en reconocer o desconocer la firma electrónica que se le atribuye.

Explica que, debido a la novedad del negocio presentado a juicio, y por no estar específicamente aún legislado, el debate surge entonces respecto del camino procesal que corresponde para cumplir con la mentada citación.

Dice también que el documento presentado para su ejecución trata de un contrato de mutuo, celebrado a distancia y por medios electrónicos autorizados por el Cód. Civil y Com. (art. 1105 y ss.), cuya trazabilidad se encuentra debidamente almacenada, reuniendo los elementos que requiere el art. 518 del Cód. Proc. Civ. y Com. para proceder ejecutivamente, luego de preparada la vía correspondiente (art. 521, inc. 2º, y art. 523, inc. 1º) y que, además, en dicho documento, consta una obligación de dar sumas de dinero, exigible, por ser de plazo vencido y que es autosuficiente ya que en él constan todos los términos del contrato incumplido.

Así, para la actora, el proceso de preparación de la vía ejecutiva es el indicado para resolver un caso con estas características ya que, si de la citación a la deudora surgiera el reconocimiento de su firma, el documento en cuestión pasará a ser un instrumento reconocido judicialmente, integrándose así el título ejecutivo. Basa su derecho para perseguir el cobro por la vía ejecutiva en ley 25.506 de Firma Digital que autoriza la utilización tanto de la firma digital como de la firma electrónica como medio de suscripción de un documento digital.

La actora entiende que la firma electrónica es la forma de exteriorización de voluntad más utilizada en nuestro país, superando incluso a las firmas ológrafas.

Dice que la citación de la deudora corresponde. Tanto más si se tiene en cuenta que se trata del examen previo de viabilidad que debe realizar el juez antes de dar curso al trámite ejecutivo, en el que luego la demandada dispondrá de todas las defensas que el rito le autoriza en caso de no haber tomado el préstamo en cuestión, como sucede en cualquier proceso de preparación de la vía ejecutiva de un instrumento firmado de puño y letra.

(2) Ley 25.506, art. 5º: “Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. En caso de ser desconocida la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”.

IV. Fundamentos de la Cámara

A su tiempo, la Cámara apoyó la decisión de la jueza *a quo* con una línea argumental de la cual extraigo los principales puntos:

- El art. 523, inc. 1º, del Cód. Proc. Civ. y Com. autoriza la preparación de la vía ejecutiva pidiendo que sean reconocidos los documentos que por sí solos no traigan aparejada ejecución. Esta etapa preparatoria no tiene otro alcance procesal que el de constituir una tramitación previa, sin juicio contradictorio entre las partes, destinada a abonar la firma inserta en un instrumento privado en cuyo mérito se intenta producir consecuencias jurídicas para originar un proceso ejecutivo (C. 2ª La Plata, sala I, causa B-62.195, r.i 61/87).

- De tenerse por reconocida por hipótesis la firma del presunto deudor en instrumento privado durante dicho trámite preparatorio (cf. arts. 523, inc. 1º y 524, Cód. Proc. Civ. y Com.) e independientemente de que pudiere haberse negado su contenido, quedar preparada por disposición de la ley de rito la acción ejecutiva (cf. art. 525 del Código citado), y, ello permitiría que se curse mandamiento de intimación de pago, embargo y citación para oponer excepciones al deudor (cf. arts. 521, inc. 2º, 525, 529 y 540, Cód. Proc.).

- El juez, en uso de las facultades conferidas por los arts. 518 y 529 del Cód. Proc. Civ. y Com., puede analizar *prima facie* si el documento acompañado resulta susceptible de ejecución, pues no corresponde preparar la vía ejecutiva con un documento que nunca podría convertirse en ejecutivo (3).

- La ley argentina permite la celebración de contratos a distancia mediante soportes electrónicos u otra tecnología similar, aun en contrataciones con consumidores, conf. arts. 1105, 1106, 1107, ss. y cc. del Cód. Civ. y Com. y nada impide que un contrato de mutuo, como consensual que es (cf. art. 1525, Cód. Civ. y Com.), sea celebrado entre mutuante y mutuario a distancia por canales electrónicos.

(3) Conf. MORELLO, "Códigos...", t. VI-1, p. 263; causas 54.506 r.i. 226/91 de la sala II —anterior— y SI-21255-2012 r.i 77/13 del 21/03/2013 de esta sala II —aunque con distinta integración—.

- No obstante ello, y lo resuelto por la magistrada de grado en torno a la imposibilidad de ejecutar o preparar la vía en documentos que consideró integraban la categoría de instrumentos particulares no firmados (cf. art. 287, Cód. Civ. y Com.), lo cierto es que no toda la doctrina y la jurisprudencia comparten aquella solución.

- No hay uniformidad de criterio al respecto.

- En lo que nos interesa a los efectos de la resolución de esta causa, podría sostenerse que existen en la Argentina tres tipos de firmas. La firma ológrafa o manuscrita, la firma digital y la firma electrónica. La ley 25.506 de Firma Digital y el Cód. Civ. y Com. (vigente desde el 01/08/2015 —cf. art. 7º de la ley 26.994 en su texto ordenado por ley 27.077—) no definen qué es "firma digital" y que "firma electrónica". Las diferencias entre uno y otro concepto se extraen de los requisitos que exigen dichas normas para considerar cuando se configura una u otra firma (4).

- La Ley de Firma Digital citada detalla en su art. 2º qué se entiende por firma digital (5).

(4) Discrepo en este punto. La ley 25.506 define en su art. 2º la firma digital y en el 5º la electrónica, por lo que son: "El resultado de aplicar a un documento digital un proceso matemático" (a partir de un algoritmo complejo), en el primer caso, y "un conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos", en el segundo. Ni la firma digital ni la electrónica son cosas de existencia real como un signo, un dibujo o un nombre estampados en un papel; aunque cumplen la misma función agregando el plus de la seguridad, se trata de procesos y elementos de existencia virtual (datos), que para hacerlos interpretables por los humanos se designan desde un concepto analógico conocido: Firma, pero que debe ser estudiado y entendido desde una lógica no humana, la de las máquinas digitales. Obviamente este comentario merece ser ampliado y ello excede el presente trabajo, pero entiendo que la ley especial define correctamente y en detalle a ambos tipos de firma.

(5) Ley 25.506, art. 2º: "Firma digital. Se entiende por firma digital al resultado de aplicar a un documento digital un procedimiento matemático que requiere información de exclusivo conocimiento del firmante, encontrándose esta bajo su absoluto control. La firma digital debe ser susceptible de verificación por terceras partes, tal que dicha verificación simultáneamente permita identificar al firmante y detectar cualquier alteración del documento digital posterior a su firma".

- Luego, en los arts. 7º y 8º, otorga presunciones de autoría **(6)** e integridad **(7)**, respectivamente, para la firma digital.

- Por su parte, el art. 288, párr. 2º, Cód. Civ. y Com., establece que “[e]n los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”. Se estableció así los mismos requisitos para la configuración de un supuesto de firma digital, no obstante lo cual, también se agregó la mención a que “asegure indubitadamente” lo concerniente a la autoría e integridad del documento, dando así mayor presión sobre el concepto aludido en la Ley de Firma Digital.

- Ahora, en su art. 3º, la Ley de Firma Digital establece que “[c]uando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital. Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”. De esta manera, se satisface el requerimiento de firma ya sea con la ológrafa o con la digital.

- Por el contrario, se extrae que con firma electrónica no queda satisfecho el requisito de firma en esos mismos términos.

- Los instrumentos firmados con firma electrónica entran en la categoría de instrumentos particulares no firmados previstos en el Cód. Civ. y Com.

- El instrumento privado no firmado con firma ológrafa o con firma digital (cf. art. 288, Cód. Civ. y Com.) debe ser considerado instrumento particular no firmado (cf. art. 287, Cód. citado). En esta última categoría la norma mencionada incluye a “todo escrito no firmado, entre otros los

impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera sea el medio empleado, los registros de la palabra y de la información”.

- De lo explicado se concluye, tal como se ha sostenido doctrinariamente, que, “Una vez obtenida la firma digital, la Ley de Firma Digital y el Cód. Civ. y Com. indican que esta tiene:

”- la misma validez jurídica que la firma manuscrita (arts. 2 y 3 de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.);

”- presunción de autoría, pues —salvo prueba en contrario— se presume que pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma (art. 7 de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.); y

”- presunción de integridad, toda vez que se presume que el documento digital que lleve inserta una firma digital no ha sido modificado desde la inclusión de la firma digital (art. 8 de la Ley de Firma Digital y art. 288, Cód. Civ. y Com.).

”- Es decir que la firma digital cuenta con la misma protección legal que la firma manuscrita, además de que permite presumir la autoría e integridad del documento digital” **(8)**.

- Ahora, si bien el art. 1º de la ley 25.506 de Firma Digital reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que se establece en dicha norma, es decir, con las diferencias que allí se contempla entre una y otra, lo cierto es que, como se reseñó una norma posterior como es el Cód. Civ. y Com., estableció, en lo que nos interesa, en su art. 288, párr. 2º: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, *el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital*, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”.

- Y, a tenor de lo normado por el art. 287, primer párrafo, del Cód. Civ. y Com. citado, debe considerarse que el título base de la ejecución promovida, *al no estar suscripto con firma digital por el deudor, sino con firma electrónica, integra la categoría de instrumento particular no*

(6) Ley 25.506, art. 7º: “Presunción de autoría. Se presume, salvo prueba en contrario, que toda firma digital pertenece al titular del certificado digital que permite la verificación de dicha firma”.

(7) Ley 25.506, art. 8º: “Presunción de integridad. Si el resultado de un procedimiento de verificación de una firma digital aplicado a un documento digital es verdadero, se presume, salvo prueba en contrario, que este documento digital no ha sido modificado desde el momento de su firma”.

(8) ABDELNABE VILA, María Carolina, “¿Acaso no es firma digital una firma certificada?”, LA LEY del 31/08/2020, 2, AR/DOC/2879/2020, ap. II.

firmado, respecto de los que no puede prepararse vía ejecutiva.

- Entonces, como en el caso sub examen pretende prepararse la vía ejecutiva respecto de un mutuo suscripto, según denuncia la ejecutada, por un medio electrónico con firma electrónica, es claro que no puede considerarse que el instrumento ejecutado haya satisfecho el requisito de firma previsto en el Código sustancial aludido y que por ende sea un instrumento privado. Para que ello ocurriera, nos vemos forzados a concluir que debió contar, en rigor, con firma manuscrita o digital del deudor (cf. arts. 288, Cód. Civ. y Com. y 3º, Ley de Firma Digital mencionada).

- Corresponde confirmar la resolución apelada, que, a su turno, desestimó la posibilidad de preparar directamente la vía ejecutiva contra aquella respecto de lo que se consideró, y resulta ajustado a derecho vigente, era un instrumento particular no firmado, pues, como se explicó, el Cód. Procesal no contempla la realización de aquel procedimiento excepcional con instrumentos de esa categoría (9).

V. Instrumento privado vs. instrumento particular no firmado

Se han enfrentado aquí —algo no novedoso— las dos interpretaciones que le caben al art. 288 del Cód. Civ. y Com.

Por un lado, una muy restrictiva y lineal seguida en el fallo en análisis, que otorga el carácter de *instrumento privado* del art. 287, párr. 1º (10) a los documentos que porten la firma ológrafa de la persona y en el caso de los documentos electrónicos, solo a aquellos signados con firma digital en los términos del art. 3º de la Ley de

Firma Digital, confinando en el universo de los instrumentos particulares no firmados a todo documento electrónico con Firma Electrónica. Esto ubica el documento en cuestión en la pacífica doctrina y jurisprudencia que pondera la firma como condición de existencia de un instrumento privado.

Del otro lado, una interpretación más amplia del citado art. 288 y según mi apreciación más cercana a la realidad presente e inmediata, lleva a analizarlo un poco más allá de su mera literalidad y necesariamente integrarlo con lo establecido en el art. 5º de la Ley de Firma Digital.

Desde esta interpretación amplia es posible sostener que los dos tipos de firma reconocidos por la ley 25.506, en su art. 1º, la electrónica y la digital, se originan en un medio tecnológico, precisamente, electrónico-digital. De modo que técnicamente la naturaleza de la firma digital del art. 2º es electrónico-digital y la naturaleza de la firma electrónica del art. 5º, también lo es. Se ha criticado (11) mucho en nuestro medio la forma que tiene la ley 25.506 de designar a ambas firmas por apartarse de la claridad con que son diferenciadas en otras legislaciones, por ejemplo, la española o la uruguaya, que distinguen entre firma electrónica (la electrónica de nuestro art. 5º) y firma electrónica avanzada (la digital de nuestro art. 2º), entendiendo que ambas firmas se generan en un medio electrónico. Pero también es cierto que ambos tipos de firma pueden ser consideradas digitales debido a que están conformadas por operaciones y archivos generados en un medio electrónico-digital (no analógico), es decir, a partir de código binario, de donde les viene lo “digital”.

Teniendo en cuenta esto, si ponemos bajo análisis el párrafo del texto del art. 288 donde dice que “el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza una firma digital, que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento”, encontramos que con “una firma digital” se alude a una firma origi-

(9) Cf. causas SI-30687-2021 del 18/11/2021 RR 205 y SI-30678-2021 del 18/11/2021 RR 206, entre otras, de esta misma sala II.

(10) Cód. Civ. y Com., art. 287: “Instrumentos privados y particulares no firmados. Los instrumentos particulares pueden estar firmados o no. Si lo están, se llaman instrumentos privados. Si no lo están, se los denomina instrumentos particulares no firmados; esta categoría comprende todo escrito no firmado, entre otros, los impresos, los registros visuales o auditivos de cosas o hechos y, cualquiera que sea el medio empleado, los registros de la palabra y de información”.

(11) BATISTA, Alejandro, “¿Están legalmente ‘firmados’ los escritos en el Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas de la SCBA?”, del 30/05/2017, disponible en <https://www.linkedin.com/pulse/est%C3%A1n-legalmente-firmados-los-escritos-en-el-sistema-de-batista/?originalSubdomain=es>.

nada en un medio electrónico digital y que bien podría tratarse de una firma digital del art. 2º o una firma electrónica del art. 5º de la Ley de Firma Digital.

Siendo que la firma digital, en forma, por sí sola provee los llamados servicios de autoría e integridad del mensaje, es decir la indubitabilidad de la que habla el art. 288, no habría razón para que esa norma fuera redundante con la fórmula “que asegure indubitadamente la autoría e integridad del instrumento” si no se refiriera también a la firma electrónica que, conforme al estado del arte se puede producir únicamente en un medio electrónico digital y, de acuerdo con un procedimiento determinado, revelar también la autoría e integridad del instrumento que la contiene. Quiero decir que esa última parte del artículo sería ociosa si la norma hiciera referencia exclusivamente a la firma digital y no a otro tipo de firma producida en un medio digital como lo es la electrónica del art. 5º.

Siguiendo este razonamiento, la firma electrónica es igualmente válida y la diferencia con la firma digital, radica en que esta es válida *per se*, como si hubiera sido certificada por escribano con intervención del obligado y registrada (12) la certificación en el protocolo, mientras que la electrónica necesita completar su validación a través de la preparación o el trabajo de prueba de la persona que invoque esa validez, por ejemplo, mediante el pedido de reconocimiento del documento como preparación de la vía ejecutiva, como lo sostuvo la parte actora en concordancia con diversos fallos (13).

(12) ABDELNABE VILA, María Carolina, ob. cit.

(13) “Afluenta c. Longos/ ejecutivo”, expte. 34.899/2019, “No desconozco que el avance de las nuevas tecnologías conlleva la necesidad de adaptación de los Magistrados a circunstancias innovadoras, muchas veces no previstas en el ordenamiento jurídico. La acción ejecutiva es un privilegio que la ley procesal les otorga a ciertos tipos de títulos, siempre y cuando se encuadren en las disposiciones que esta señala. En ese sentido, podemos decir que la acción no persigue la declaración de derechos controvertidos, sino que constituye un procedimiento para hacer efectivo un crédito que viene ya establecido en el susodicho documento (DONATO, Jorge D., ‘Juicio Ejecutivo’, Ed. Universidad, Bs. As., 2008, 5ª ed., p. 68). En el caso de autos, la ejecutante pretende preparar la vía sobre la base de un título electrónico. La ley 25.506 en su art. 3º le da un alcance y amplitud a la firma digital muy im-

Hay algo de verdad aquí: conforme lo establece el art. 1º de la ley de Firma Digital, “[s]e reconoce el empleo de la firma electrónica y de la firma digital y su eficacia jurídica en las condiciones que establece la presente ley”, es decir que habilita el uso de una u otra, desde luego en su medio que es el documento digital del art. 6º y de acuerdo con la extensión y limitaciones que ella misma impone.

Por otra parte, del texto del art. 5º de la ley 25.506, el cual dice: “Firma electrónica. Se entiende por firma electrónica al conjunto de datos electrónicos integrados, ligados o asociados de manera lógica a otros datos electrónicos, utilizado por el signatario como su medio de identificación, que carezca de alguno de los requisitos legales para ser considerada firma digital. *En caso de ser desconocida* la firma electrónica corresponde a quien la invoca acreditar su validez”, se desprende que la firma electrónica nace con un grado de validez discutible, pero validez de origen al fin. Contrario a lo que sucede con la firma digital, esa validez de “baja intensidad” otorga la posibilidad de desconocerla, en cuyo caso invierte la carga probatoria, depositándola sobre quien la invoca como válida.

Es decir que la firma electrónica nace con una especie de (si se me concede la licencia literaria) “pecado original legal” por no ser firma digital (14) y adolecer en su origen de las pre-

portante puesto que ‘Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital (...): Sin embargo, el documento digital de autos fue signado a través de la firma electrónica de la ejecutada, por lo que carece de la presunción de validez que establece la norma (conf. ley 25.506: 2, 7 y 9). En ese entendimiento, *requiere inescindiblemente la confirmación del firmante* (FALCÓN, Enrique M., ‘Juicio ejecutivo y ejecuciones especiales’, Ed. Rubinzal-Culzoni, Bs. As., 2009, 2ª ed., p. 311)”.

(14) Nótese que un caso de firma electrónica del art. 5º puede darse en documentos firmados en plataformas, generalmente de empresas, con tecnología de firma digital o firma electrónica avanzada, como se explicó, pero en las que se utilizan para esos fines certificados digitales, emitidos por certificadores no licenciados por la autoridad de aplicación, como lo requiere la ley 25.506. En esos casos la infraestructura de firma digital empleada carece de sustento legal, pero en los aspectos técnicos no se diferencia de la que nuestra ley reconoce como “digital”, al punto que dicha plataforma podría dejar de emitir documentos con firmas electrónicas (art. 5º)

sunciones de identidad del firmante e integridad del documento que la ley le otorga, pero, aun así —en el caso en estudio— puede encontrar la redención de su validez por dos caminos que se entrelazan:

a) Uno que dependerá de la actitud del requerido [reconocimiento expreso al ser citado y reconocerla positivamente, o tácito al faltar inexcusablemente al acto del reconocimiento del art. 524, Cód. Proc. Civ. y Com. (15), con los efectos del art. 525 (16)].

b) Otro que dependerá de la acción del que invoca su validez, arbitrando los medios probatorios necesarios en el caso de que la requerida hubiera negado que la firma le perteneciera, lo cual desde luego supone el fracaso de la preparación de la vía y la deriva hacia un proceso de conocimiento.

Sin embargo, como dije más arriba, esto solo es “algo de verdad”, porque esta interpretación es cruzada por el art. 3º de la ley 25.506 de Firma Digital, que se articula con la interpretación restrictiva ya citada del art. 288 del Cód. Civ. y Com.

y comenzar a emitir documentos con firma digital (art. 2º) con solo cumplir el requisito de que el certificado digital empleado fuera emitido por certificador licenciado lo cual, desde luego, no es poco porque ello supone que se ha efectuado el contralor legal y técnico del emisor del certificado digital conforme lo que exige nuestra ley, pero sin embargo el procedimiento tecnológico encarnado en los algoritmos que procesan y constatan la identidad del firmante y la integridad del documento, son los mismos.

(15) Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires, art. 524: “Citación del deudor. La citación al demandado para que efectúe el reconocimiento de su firma se hará en la forma prescripta en los arts. 338 y 339, bajo apercibimiento de que si no compareciere o no contestare categóricamente, se tendrá por reconocido el documento, o por confesados los hechos en los demás casos. El citado deberá comparecer personalmente y formular la manifestación ante el juez. Dicha manifestación no podrá ser reemplazada por un escrito. Si el citado no compareciere, o no probare justa causa de inasistencia, se hará efectivo inexcusablemente el apercibimiento y se procederá como si el documento hubiere sido reconocido por el deudor personalmente, o hubiese confesado los hechos, en los demás casos”.

(16) Cód. Proc. Civ. y Com. Buenos Aires, art. 525: “Efectos del reconocimiento de la firma. Reconocida la firma del instrumento, quedará preparada la acción ejecutiva, aunque se hubiese negado su contenido”.

Aquella norma establece: “Del requerimiento de firma. *Cuando la ley requiera una firma manuscrita, esa exigencia también queda satisfecha por una firma digital.* Este principio es aplicable a los casos en que la ley establece la obligación de firmar o prescribe consecuencias para su ausencia”.

En el caso en análisis la magistrada de grado decidió la imposibilidad de ejecutar o preparar la vía en documentos que consideró integraban la categoría de instrumentos particulares no firmados (cf. art. 287, Cód. Civ. y Com.).

Sin embargo, a la luz de lo comentado, cabe preguntarse si la circunstancia de que el instrumento haya sido signado con firma electrónica en lugar de firma digital, lo expulsa sin más de la categoría de “instrumento privado” para ubicarlo en la de *instrumento particular no firmado*.

¿Es acaso la firma electrónica una “no firma” tal que los documentos que la contengan encajen en la categoría del art. 287 del Cód. Civ. y Com. que se refiere a los instrumentos que “no lo están” (firmados)?

Particularmente, pienso que los documentos electrónicos con firma electrónica están efectivamente firmados. De lo contrario, más allá del procedimiento obligatorio establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires para validar las resoluciones firmadas electrónicamente por magistrados y funcionarios judiciales (17), resultaría inquietante que las miles de presentaciones y resoluciones judiciales electrónicas emanadas del ámbito de la justicia bonaerense con firma electrónica, hasta hace poco tiempo, vistos bajo la lupa de la interpretación restrictiva, constituyeran instrumentos particulares no firmados, categoría que,

(17) La RC 2135/18 (“Procedimiento para validar la firma de magistrados o funcionarios en resoluciones dictadas en formato electrónico”, de 24/10/2018. Magistrados firmantes: Pettigiani - De Lázzari - Negri - Soria - Genoud - Kogan) establece en su art. 1º: “Establecer, como procedimiento obligatorio, *para el supuesto de desconocimiento de la firma efectuada por magistrados o funcionarios en las resoluciones judiciales dictadas en formato ‘electrónico’, la previa intervención tanto de la Secretaría de Servicios Jurisdiccionales como de la Subsecretaría de Tecnología Informática de este Tribunal, en ese orden, para acreditar la validez de la emisión de aquella*”.

como lo indica el art. 287, comprende todo escrito no firmado.

Que ese tipo de firma, aun siendo abismalmente más confiable que la ológrafa, necesite de ciertas acciones, incluso previstas en la ley como el reconocimiento, no la priva de su calidad de firma, ni le resta existencia ni efectos jurídicos a los instrumentos que la contengan.

Despejada la duda de si el documento electrónico con firma electrónica está firmado o no y que concluye en que efectivamente cuenta con firma, incorporándolo así a la categoría de instrumentos privados, insistir en el criterio restrictivo para privarlo de la posibilidad de preparación de la vía ejecutiva, implicaría pedirle al documento electrónico algo que no se le pide al documento en papel como condición para ser tenido como título ejecutivo, que es que tuviera exclusivamente firma certificada, porque ese es, finalmente, el efecto práctico de la firma digital en un documento electrónico. Siendo así, tampoco tendría razón de existir la preparación de la vía ejecutiva, desnaturalizándose por completo el juicio ejecutivo.

VI. Conclusión

Como comenté al principio, tanto al tribunal como al apelante parece asistírles la razón o gran parte de esta. El tribunal, por su parte se atiene al texto, casi literal, de la norma con poca flexibilidad en la articulación con las normas de la ley especial y, hay que decirlo, de la realidad encarnada en el imparable avance de la tecnología con los consecuentes cambios en los usos y costumbres sociales, económicos, laborales, etc. que produce. Es bien cierto que la tecnología debe ponerse al servicio de la ley y no al revés, por más que los cambios tecnológicos se produzcan a velocidades abrumadoramente más veloces que los de la ley; es el precio que se debe pagar por vivir en una sociedad ordenada

y que pretende previsibilidad. Sin embargo, en casos como este, desde la visión de los que deseamos una justicia ágil y eficaz, poco se aporta al negarle a un documento de este tipo el carácter necesario para, al menos, darle la chance de que sea reconocido o negado. El tema en cuestión trata de un mutuo, un negocio conocido y arraigado en la práctica comercial, necesario en innumerable cantidad de casos, que ante el rechazo de la apelación seguirá su curso por la vía ordinaria logrando en un plazo considerablemente mayor, con los perjuicios que ello implica, el mismo resultado que el buscado inicialmente mediante un procedimiento establecido, precisamente, para esos casos.

Y el valor más probable, aun con estos reverses, es que los mutuos por vía electrónica no solo permanezcan, sino que aumenten al punto de desplazar completamente a la instrumentación tradicional.

Por eso, según lo entiendo, la interpretación de la norma, que no carece en absoluto de apoyo legal, doctrinario ni jurisprudencial, debería haberse efectuado parándose sobre esa realidad, que lejos de mermar, promete ir en ascenso.

Sin dudas el art. 288 del Cód. Civ. y Com. merece ser modificado adecuando su texto a la solución de los problemas como los aquí planteados. Estas cuestiones quedarían saldadas con solo recobrar el texto del anteproyecto que, en su segundo párrafo en lugar del actual, decía: “En los instrumentos generados por medios electrónicos, el requisito de la firma de una persona queda satisfecho si se utiliza un método que asegure razonablemente la autoría e inalterabilidad del instrumento”. Sin dudas, surgiría otro debate en torno a qué se entiende por “razonablemente” pero al menos no se podría tachar de “medio no razonable” a un tipo de firma habilitado expresamente por la ley especial, como lo es la firma electrónica del art. 5º.

