

Carlos H. Vidal Taquini

Hace más de cuarenta años comencé mi actividad docente universitaria al lado del Dr. Carlos H. Vidal Taquini, a quien hoy rendimos tributo ante su lamentable y repentino fallecimiento.

Fue abogado aguerrido y lúcido maestro.

Obtuvo el máximo título académico, con su tesis doctoral conocida a través de su libro "Régimen de bienes en el matrimonio", al que siguió años más tarde "Matrimonio civil - ley 23.515" y una profusa producción científica plasmada en numerosas publicaciones en reconocidas revistas jurídicas.

Brindó a sus alumnos las enseñanzas del Derecho de Familia y Sucesiones, en las Universidades de Buenos Aires y Belgrano, cuyas Facultades de Derecho lo tuvieron como profesor titular y consulto, y en sus clases transmitió no sólo sólidos conocimientos científicos sino también su firme creencia en la justicia y la equidad.

En la actividad académica fomentó la actualización de los docentes de sus cátedras, estimulando el estudio, la investigación y la participación permanente en congresos y jornadas, así como la presentación de ponencias, que se elaboraban y discutían en reuniones que promovía con el objeto de analizar acabadamente todos los temas de actualidad relacionados con la especialidad y en las que siempre estaba dispuesto a hacer sugerencias y responder inquietudes.

Asimismo impulsó a sus discípulos a superarse permanentemente, haciendo circular la información en su equipo docente, ofreciéndonos su incondicional apoyo para que nos presentáramos en los concursos, de modo tal que de su cátedra surgieron varios de los que hoy somos profesores titulares de Derecho de Familia y Sucesiones y

CONTINÚA EN PÁGINA 5

Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial

Roberto A. Vázquez Ferreyra

SUMARIO: I. Introducción.— II. De la culpa a los factores objetivos de atribución.— III. Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial.— IV. Las obligaciones de medios y de resultado y el factor de atribución.— V. Valoración de la conducta del causante del daño.— VI. Supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva.— VII. La prueba de los factores de atribución.

➔ De lo que no queda duda es que la culpa ya no es el único factor de atribución. A su lado aparecen otros como el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc. No hay otros factores subjetivos fuera de la culpa y el dolo. Por su parte los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto. Estos nuevos factores objetivos tienen en común que prescinden del análisis valorativo de la conducta del agente que causa un daño y, por tanto, les resulta indiferente la voluntariedad y la culpabilidad. En estos casos el fundamento de la reparación está en una causa externa, distinta del juicio valorativo que merezca la conducta dañosa. Así, por ejemplo, el haber desarrollado una actividad riesgosa.

I. Introducción

Los presupuestos del deber de reparar son: a) daño, b) antijuridicidad, c) relación causal; y d) Factor de atribución. En esa oportunidad nos vamos a referir a los factores de atribución, materia que ha sufrido una marcada

evolución a partir de las últimas décadas del siglo pasado.

Dispone el artículo 1721 del Código Civil y Comercial (CCyC) que la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos; y que, en ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa.

La denominación *factores de atribución* era ajena al Código Civil y fue elaboración de la doctrina que terminó imponiéndose frente a la aparición de los factores objetivos. Anteriormente se hablaba de imputación, de primer y segundo grados.

Al hablar de los factores de atribución se hace mención al fundamento que la ley toma en consideración para atribuir jurídicamente la obligación de indemnizar un daño, haciendo recaer su peso sobre quien en justicia corresponde. Se trata de esa razón especial que determina en definitiva quién debe soportar los efectos del daño. Por ello el factor de atribución es equivalente al fundamento del deber de reparar. Al respecto señala Compagnucci de Caso que "dar los fundamentos de la responsabilidad civil es poder argumentar la motivación o la razón que impone reparar los perjuicios causados, es contestar por qué se responde, o bien, por qué hay que afrontar la reparación económica del daño... la cuestión clara está, es decidir el porqué de dicha obligación" (1).

Frente a un daño causado, el factor de atribución nos dará la última respuesta acerca

de quién y por qué lo debe soportar. Lógicamente, en esta cuestión va ínsita la problemática central de la responsabilidad por daños, pues es a esta altura en que habrá que decidir entre la víctima y el dañador. En el enfoque de la cuestión reside la concepción que cada uno tenga de nuestra materia.

Resumiendo, el factor de atribución es el fundamento de la obligación indemnizatoria que atribuye jurídicamente el daño a quien debe indemnizarlo.

II. De la culpa a los factores objetivos de atribución

A la época de redacción del Código Civil la culpabilidad era el único fundamento de la responsabilidad civil, comprensiva tanto de la culpa propiamente dicha como del dolo, entendido éste como intención de dañar. Pero poco a poco la sociedad y el derecho fueron evolucionando y el criterio de la culpabilidad resultó insuficiente frente a los nuevos daños. De esta manera fueron apareciendo otros factores de atribución que no son de imputabilidad, porque no llevan en sí un juicio valorativo del comportamiento generado del perjuicio (2).

Lo cierto es que un amplio sector de la doctrina afirmaba que en el Código de Vélez Sarsfield la culpa era el único fundamento de la responsabilidad civil. De ahí que la culpabilidad se erigía en el principio supremo de la

CONTINÚA EN PÁGINA 2

Carlos H. Vidal Taquini
Adriana M. Wagmeister..... 1

DOCTRINA. Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial
Roberto A. Vázquez Ferreyra..... 1

NOTA A FALLO. Reorganización libre de impuestos
Iván G. Di Chiazza y Andrés E. Peretti..... 6

BIBLIOGRAFÍA
Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación
Autores: Augusto M. Morello, Gualberto L. Sosa y Roberto O. Berizonce. Comentario: Roland Arazi..... 5

JURISPRUDENCIA
IMPUESTO A LAS GANANCIAS. Acto libre de impuestos. Reorganización societaria. Interpretación del art. 77 de la ley 20.628. (CS)..... 5

VOLUNTAD PROCREACIONAL. Nacimiento por técnicas de reproducción asistida. Inscripción del niño con dos madres. Sanción sobreviniente del Código Civil y Comercial. Cuestión abstracta. Identidad del individuo. Compromiso estatal de preservar el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción asistida a conocer su origen biológico. Datos registrales (SCBA)..... 8

REDARGUCIÓN DE FALSEDAD. Venta *a non domino* de un automotor. Acción entablada por el titular registral contra el escribano y el tercer adquirente. Utilización de un poder falso de administración y disposición. Redargución de falsedad, nulidad de acto jurídico y daños. Efectos relativos y personales de la suspensión de los plazos de prescripción por deducción de querrela criminal. Efectos. Recepción del instituto en el Código Civil y Comercial. (CNCiv)..... 9

Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial

VIENE DE TAPA

responsabilidad civil. Ello era coherente con las ideas imperantes a la época de la codificación.

La doctrina durante muchas décadas estuvo aferrada a la idea de la culpa como fundamento exclusivo de la responsabilidad. El principio según el cual no hay responsabilidad sin culpa era casi absoluto. No se concebía a la responsabilidad civil sin la presencia de culpabilidad. Era necesaria la imputabilidad, la que se desdoblaba en dos grados. Imputabilidad de primer grado con la que se hacía referencia a la voluntariedad del sujeto, e imputabilidad de segundo grado que implicaba la presencia de culpa o dolo. Es que sin voluntariedad del sujeto no puede hablarse de culpa o dolo. Tanto la culpa como el dolo suponen un acto voluntario.

Pero a medida que se fueron dando los grandes cambios en la sociedad de fines del siglo XIX y a la aparición de nuevos daños, comienzan a aparecer en el derecho comparado factores objetivos de atribución, tal como ocurrió en nuestro país con la primera Ley de Accidentes del Trabajo (N° 9688).

De ahí que dejó de hablarse de *imputabilidad* para usar el término *factores de atribución*. En las Quintas Jornadas Nacionales de Derecho Civil celebradas en 1971, en Rosario, quedó consagrada esa denominación. Fue en esas jornadas en que se aprobó la siguiente recomendación: “La obligación de resarcir reconoce como regla los siguientes presupuestos: I) antijuridicidad, II) daño, III) causalidad y IV) factores de atribución”.

Esta denominación permitió desprenderse del término *imputabilidad*, tan ligado a la idea de culpa, a la conducta voluntaria y a la noción de reproche. De esta manera, dentro de los factores de atribución tenemos a los factores subjetivos y objetivos.

Los factores de atribución subjetivos son aquellos que parten del análisis de una conducta voluntaria y desajustada. En cambio los objetivos son los que prescinden de juzgar valorativamente la conducta del llamado a responder.

De lo que no queda duda es que la culpa ya no es el único factor de atribución. A su lado aparecen otros como el riesgo creado, la garantía, la equidad, etc.

No hay otros factores subjetivos fuera de la culpa y el dolo. Por su parte los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto.

Estos nuevos factores objetivos tienen en común que prescinden del análisis valorativo

de la conducta del agente que causa un daño y, por tanto, les resulta indiferente la voluntariedad y la culpabilidad. En estos casos el fundamento de la reparación está en una causa externa, distinta del juicio valorativo que merezca la conducta dañosa. Así, por ejemplo, el haber desarrollado una actividad riesgosa.

Insistimos en señalar que los factores objetivos de atribución constituyen un catálogo abierto sujeto a expansión. Por ello la mención sólo puede ser enunciativa.

III. Los factores de atribución en el Código Civil y Comercial

El Código Civil y Comercial hace mención expresa de los factores de atribución en el artículo 1721 al disponer que “la atribución de un daño al responsable puede basarse en factores objetivos o subjetivos. En ausencia de normativa, el factor de atribución es la culpa”.

El artículo transcrito puede dividirse en dos partes. La primera en la que hace referencia a la necesidad de que para atribuir un daño a un sujeto, debe estar presente un factor de atribución, ya sea subjetivo u objetivo.

La segunda parte es la que menciona que, en caso de ausencia de norma específica, el factor de atribución es la culpa. Sobre el particular se ha escrito abundante material, incluso antes de la sanción del Código Civil y Comercial.

Sobre este punto me permito citar a uno de los juristas más importantes de nuestro país, el profesor Alberto J. Bueres. Señala el distinguido jurista que “En los fundamentos se expresa que no hay relación de jerarquía entre los factores objetivos y subjetivos. Es la postura que he defendido desde hace muchísimos años: creo que hay paridad desde el punto de vista cualitativo entre los diversos criterios de imputación. Además en los Fundamentos del Proyecto se agrega que los factores objetivos son mencionados en primer lugar por ser mayoritarios en cantidad. Con estos contenidos me parece que el Proyecto ha suprimido la regla y la excepción en la materia. Los factores objetivos surgen de la ley con amplitud, vale decir, que no son específicos y restrictivos como pensaban los culpabilistas defensores de la regla de la culpa y la excepción del riesgo. Es más, los factores objetivos pueden extraerse por interpretación extensiva y analógica. Luego, todo es responsabilidad objetiva, salvo cuando haya una laguna que resulte imposible de colmar en cuyo caso aparece la culpa de manera residual, que no es lo mismo que constituirse en la norma de cierre del sistema (considero que no lo es en el derecho vigente ni en el proyecto de 2012, sea en el ámbito extracontractual o en el incumplimiento de las obligaciones en el cual la culpa es sólo criterio de imputación de la imposibilidad de pago —a veces y no siempre— y elemento del incumplimiento en las obligaciones de diligencia)”(3).

A continuación el Código se refiere expresamente a los factores subjetivos y objetivos de atribución.

Respecto de los factores subjetivos el artículo 1724 señala que son la *culpa* y el *dolo*. El mismo artículo define a la *culpa* como la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo, y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión. Por su parte, y según el mismo artículo, el *dolo* se configura por la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos.

Una primera lectura del art. 1724 puede hacer pensar que sólo se define a la culpa en el incumplimiento de las obligaciones, conocida en el viejo Código como *culpa contractual*, pero hay que recordar que la norma similar contenida en el art. 512 del Código Civil derogado que definía a la culpa contractual fue extendida al ámbito extracontractual. Es que se trata de nociones similares. No hay una culpa obligacional o contractual distinta de la que es propia de los hechos ilícitos o responsabilidad aquiliana. “Se trata de una noción similar, tanto cuando se atribuye a quien ha violado el deber genérico de no dañar, como cuando el sujeto ha incumplido una obligación preexistente (art. 1716)... La referencia en el precepto a una obligación parece restringir el concepto de culpabilidad a los casos en que media un vínculo previo pero, atento la unificación del sistema de responsabilidad, se atiende también, en general, a la conducta que debe desplegarse para no dañar a otro, incluso sin relación precedente con el interesado en su indemnidad”(4).

Los factores objetivos de atribución están definidos en el art. 1722, según el cual son aquellos en que la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. Tratándose de responsabilidad objetiva, el mismo artículo recuerda que en estos casos el eventual responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario. En cuanto a la causa ajena puede consistir en el hecho de la propia víctima (art. 1729), el hecho de un tercero (art. 1731), imposibilidad de cumplimiento en materia obligacional (art. 1732), y el caso fortuito o fuerza mayor propiamente dicho (art. 1730). Obviamente que en los casos de responsabilidad subjetiva la causa ajena también funciona como eximente de responsabilidad, sólo que al responsable le bastaría probar su ausencia de culpa para liberarse de responsabilidad (ver arts. 1734 y 1735, sobre los que trataremos en otra oportunidad).

IV. Las obligaciones de medios y de resultado y el factor de atribución

Hemos señalado que muchas de las novedades introducidas en el Código Civil y Comercial son en realidad instituciones que ya tenían vida en nuestro sistema jurídico por obra de la doctrina y la jurisprudencia.

Como ejemplo de esto último podemos citar la incorporación al Código de una nueva categoría obligacional: las *obligaciones concurrentes* que son aquellas en las que varios deudores deben el mismo objeto en razón de causas diferentes (art. 850, CCyC). Se trata de obligaciones semejantes a las solidarias, aunque con algunas variantes. Más allá de su debut normativo, se trata de una categoría de obligacio-

nes de sujeto plural a la cual la jurisprudencia echaba mano a diario, sobre todo en los casos de responsabilidad civil contractual. Así, por ejemplo, en un supuesto de responsabilidad civil médica, la responsabilidad del médico, el sanatorio y la empresa de medicina prepaga frente al paciente es concurrente o *in solidum*. El tema es que ahora esta modalidad obligacional se encuentra expresamente regulada en el nuevo ordenamiento (5). Obviamente que habrá que estudiar con detenimiento las diferencias entre las *obligaciones solidarias* y las *concurrentes* para evitar incurrir en errores que pueden costar caro al justiciable.

Otro ejemplo de figuras de aplicación ordinaria en la jurisprudencia de nuestros tribunales, pero de ausente consagración normativa en el Código de Vélez Sarsfield, lo encontramos en el distingo obligacional según se trate de obligaciones de medios u obligaciones de resultado. Ahora este distingo obligacional goza de consagración legislativa.

En el Código Civil no se encontraba regulada la clasificación de las obligaciones según sean de medios o de resultado. No obstante ello, se trata de una categorización de notable importancia práctica, debido a su frecuente mención y aplicación por parte de la jurisprudencia y la doctrina. Es que la clasificación se inspira en una realidad fácilmente palpable y por ello ha sido adoptada por la jurisprudencia en innumerables fallos. Sus orígenes se encuentran claramente en el Derecho francés e incluso en el Derecho romano. En materia de responsabilidad civil profesional, y médica en particular, la clasificación que nos ocupa es de cita obligada.

“La teoría de las obligaciones de resultado y de medios no está legislada, pero es de frecuente empleo en el Derecho vivo. Trata de dar solución adecuada a cuestiones concretas...”(6).

Algunos autores se mostraron como verdaderos adversarios de este distingo, pero con el tiempo terminó siendo aceptado de manera casi pacífica; sobre todo a partir de la reelaboración de las consecuencias de una u otra categoría, que en nuestra doctrina hiciera el Profesor Alberto J. Bueres. Fue a partir de dicho momento en que comenzó a aceptarse la existencia de una verdadera responsabilidad contractual objetiva (7). A partir de la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, su plena vigencia está fuera de toda duda, como así también su incidencia en cuanto al factor de atribución aplicable a tenor de lo dispuesto en el artículo 1723 del Código Civil y Comercial.

Hay obligaciones que tienden a la obtención de un resultado determinado que deberá lograrse, mientras que otras se refieren solamente a la conducta que el deudor deberá observar en condiciones y dirección determinadas. Las primeras son las *obligaciones de resultado*, las segundas, las *obligaciones de medios*. En ambas obligaciones aparece el interés del acreedor en su cumplimiento, sólo que en las obligaciones de medios ese interés que aparece *in obligatione* es aleatorio, contingente, potencial, eventual, “razón por la cual es bastante para actuar el contenido de la obligación —*in solutione*— con la observancia de la conducta prudente y dili-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) COMPAGNUCCI DE CASO, Rubén, “Fundamentos de la responsabilidad civil: culpa y riesgo” en *Derecho de Daños*, Ed. La Rocca, 1989, p. 57.

(2) En estos temas resulta de lectura obligada la obra de PIZARRO, Ramón Daniel, “Tratado de la Responsabilidad Objetiva”, Ed. La Ley, 2015.

(3) BUERES, Alberto J., “La responsabilidad por daños en el Proyecto de Código”, LA LEY, 2013-A, 835. Del

mismo autor “La culpa como norma de clausura ¿Es un postulado verdadero?”, LA LEY, 2010-E, 1220; La Ley Online AR/DOC/6848/2010.

(4) ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “La responsabilidad civil en el nuevo Código”, Ed. Alveroni, t. II, p. 20 y 39.

(5) Sobre estas obligaciones ver de MÁRQUEZ, José Fernando, “Las obligaciones concurrentes. La recepción en el Código Civil y Comercial y su aplicación en la res-

ponsabilidad civil”, en RCyS Núm. 4, abril de 2015, p. 58 y ss.; TRIGO REPRESAS, Félix A., “Obligaciones concurrentes, indistintas o conexas en el derecho vigente y en el Proyecto de Código”, LA LEY 2013-C, 782; La Ley Online AR/DOC/1532/2013.

(6) ALTERINI, Atilio Anfal, “Carga y contenido de la prueba del factor de atribución en la responsabilidad contractual”, LA LEY, 1988-B, 947; La Ley Online AR/DOC/3406/2001.

(7) BUERES, Alberto J., “Responsabilidad contractual objetiva”, JA, del 5 de abril de 1989; VÁZQUEZ FERREYRA, Roberto A., “La responsabilidad contractual objetiva”, LA LEY, 1988-B, 998; La Ley Online AR/DOC/8687/2001. Ver de LÓPEZ MESA, Marcelo J., “Presupuestos de la responsabilidad civil”, Ed. Astrea, p. 589 y ss.

gente del deudor, con su mera actividad o esfuerzo... contrariamente, en los deberes de resultado la conducta reveladora del cumplimiento de los recaudos de previsión y evitación (o inevitabilidad) no deviene suficiente para satisfacer la prestación, se torna vacua —a nuestro juicio—, pues es menester alcanzar el fin, objetivo o efecto perseguido por el acreedor, que es, precisamente, el resultado que califica la obligación” (8).

De acuerdo a la tesis tradicional la culpa del deudor, según se trate de obligaciones de medios o de resultado, debía ser probada por el acreedor, o bien —en las de resultado— se afirmaba que se presume. Pero en el segundo caso el deudor para eximirse de responsabilidad debe acreditar que el incumplimiento obedeció a la ocurrencia de un caso fortuito o fuerza mayor (causa ajena en sentido amplio): en esto también había, o hay, acuerdo doctrinario. Es decir que, según la tesis clásica, en las obligaciones de resultado, probado el incumplimiento, al deudor no le estaba permitido probar que obró correctamente o sin culpa; debía probar algo más, la causa ajena. Recordamos que la prueba del *casus* o de la causa ajena es una eximente propia de la responsabilidad objetiva, pues importa probar la ruptura del nexo causal (9) (art. 1722, CCyC).

De conformidad con lo expuesto, y en cuanto a las consecuencias de uno y otro tipo de vínculo jurídico, recordemos que en las *obligaciones de resultado* al acreedor le basta con probar la inejecución, esto es, el incumplimiento de la obligación para dar nacimiento a la responsabilidad del deudor; mientras que en las *de medios*, el acreedor debe probar también la culpa del deudor. En las obligaciones de medios es imprescindible la presencia de *culpa* en cabeza del deudor, de tal manera que si queda patentizada ésta (ya sea que el acreedor no logre probar la culpa de su adversario o que el deudor logre demostrar haber obrado correctamente poniendo de su parte la diligencia debida), la responsabilidad no tiene cabida.

Con palabras de Bueres, entonces “puede hablarse en los deberes jurídicos calificados *de medios* de la existencia de un doble juego de intereses —o a lo sumo de un interés dual— que forma parte integrante del objeto del deber (prestación): un interés final aspirado pero aleatorio y otro que satisface con el esfuerzo del *solvens*, en tanto se traduzca en una actividad prudente y diligente. Este último interés (el primario) basta para que se considere que el proyecto de la prestación se ha cumplido (10). Por el contrario en los deberes jurídicos calificados *de resultado* lo trascendente es la satisfacción del interés definitivo o fin último del *opus* comprometido.

Ante el incumplimiento de un deber de resultado, toda la doctrina opina que el deudor sólo se eximirá de responsabilidad acreditando el caso fortuito o causa ajena en sentido amplio, porque se decía que en estos casos la culpa se presume. Cuando se habla de caso fortuito o causa ajena se lo hace en sentido amplio, es decir, comprendiendo el caso fortuito en sentido propio y comprensivo también del hecho de la propia víctima o de un tercero por el cual el deudor no debe responder.

Señala con acierto Bueres, y según la doctrina tradicional, que en las *obligaciones de resultado*, probado el incumplimiento, éste genera una presunción de *culpa*. Pero enseguida se pregunta frente a qué tipo de presunción estamos.

Desde ya descarta que sea una presunción *iuris tantum* puesto que el deudor no puede demostrar la *no culpa*; o, al menos, esa prueba es irrelevante a los efectos de eximirse de responsabilidad.

Tampoco se puede hablar de una presunción absoluta o *iuris et de iure*, pues esta presunción tampoco permitiría la prueba del *casus*, cosa que por el contrario toda la doctrina admite.

Entonces debemos concluir que esta presunción de culpa, consecuencia de la prueba del incumplimiento de una obligación de fines o resultado, no es más que una oscura ficción cuya única finalidad es un apego al viejo dogma de la culpa. Porque, ¿qué clase de presunción de culpa es ésta que no permite al deudor demostrar que tal culpa no ha existido? Recordemos que le está vedado demostrar ese espacio intermedio de la *no culpa*; él deberá acreditar el caso fortuito (entendido éste en sentido amplio).

Lo que realmente sucede es que en este tipo obligacional —de resultado— la culpa queda fuera de cuestión, es dejada de lado; ella no interesa, por cuanto estamos frente a una responsabilidad objetiva cuyo fundamento o factor de atribución —objetivo, por cierto— podrá ser un deber de garantía, crédito a la seguridad o tutela especial del crédito, todos ellos exigencia de una sociedad industrial desarrollada y tecnificada. Hablar de presunción de culpa en las obligaciones de resultado es un eufemismo, resabio de la época en que no se admitía la responsabilidad sin culpa.

Resumiendo, en las *obligaciones de resultado* estamos frente a un deber objetivo, dado que sólo interesa la conducta eficaz del deudor con abstracción de que haya obrado con culpa o sin ella. Y si en realidad la culpa queda fuera de cuestión y no se puede probar en contra de ella es porque no hay tal culpa, sino que existe responsabilidad objetiva.

¿Qué clase de responsabilidad subjetiva es ésta en la cual no interesa si hubo culpa del deudor? Si al incumplidor no se le permite probar su *no culpa* en las obligaciones de resultado es porque ésta queda fuera de cuestión, si no interesa, es por que la responsabilidad es de tipo objetivo con fundamento ya sea en la tutela especial del crédito, en el riesgo, la garantía, o en el mismo incumplimiento.

Mientras tanto, en las *obligaciones de medios* no hay responsabilidad sin culpa. Ahora bien, la regla en cuanto a la prueba de esa culpa es que la debe probar el acreedor. No obstante pueden existir situaciones excepcionales en las que la prueba de la culpa en las obligaciones de medios se aliviane a favor del acreedor. Por ejemplo a través de la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas o de la prueba de presunciones. Esta posibilidad se encuentra expresamente contemplada en el artículo 1735 del Código Civil y Comercial,

aunque en el artículo 1734 sienta lo que es la regla general: la carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien los alega.

En el Código Civil y Comercial se regulan las obligaciones de hacer y no hacer; y dentro de este tipo obligacional el artículo 774 dispone:

“Art. 774.- *Prestación de un servicio. La prestación de un servicio puede consistir:*

a) *en realizar cierta actividad, con la diligencia apropiada, independientemente de su éxito. Las cláusulas que comprometen a los buenos oficios, o a aplicar los mejores esfuerzos están comprendidas en este inciso.*

b) *en procurar al acreedor cierto resultado concreto, con independencia de su eficacia;*

c) *en procurar al acreedor el resultado eficaz prometido. La cláusula llave en mano o producto en mano está comprendida en este inciso.*

Si el resultado de la actividad del deudor consiste en una cosa, para su entrega se aplican las reglas de las obligaciones de dar cosas ciertas para constituir derechos reales”.

Como puede apreciarse, este artículo contiene una descripción de las obligaciones según sean *de medios* y *de resultado*, un tanto rebuscada por cierto, o compleja, tal vez respondiendo a algunas ideas que años atrás tuvieron difusión en nuestro medio (11). Pareciera referirse a las obligaciones de medios, de resultado y de resultado agravado. Pero más allá de todo, el distinción surge claro de los incisos transcriptos; y la verdadera importancia por sus efectos está en la división según sean *de medios* o *de resultado*. Importancia que luego se efectiviza por sus consecuencias en los artículos 1723 y concordantes del Código Civil y Comercial.

Efectivamente, y para que no quede duda de la recepción del distinción sobre el que estamos escribiendo a la luz de las nuevas concepciones, el artículo 1723 se refiere expresamente a las *obligaciones de resultado* estableciendo los efectos o consecuencias de estas. Dispone dicha norma: “*Responsabilidad objetiva. Cuando de las circunstancias de la obligación, o de lo convenido por las partes, surge que el deudor debe obtener un resultado determinado, su responsabilidad es objetiva*”. No cabe duda que el artículo está haciendo referencia a las *obligaciones de resultado*, y consagrando una responsabilidad civil objetiva para el caso de su incumplimiento.

Y en consonancia con el art. 1723, el artículo anterior dispone: “*Factor objetivo. El factor de atribución es objetivo cuando la culpa del agente es irrelevante a los efectos de atribuir responsabilidad. En tales casos, el responsable se libera demostrando la causa ajena, excepto disposición legal en contrario*”.

Por el contrario, en las obligaciones de medios rige el artículo 1724, CCyC, referido a los factores subjetivos de atribución —dolo y culpa—.

Como no podía ser de otra manera, el art. 1734 establece la regla general en cuanto a la prueba de los factores de atribución, cuestión que no tiene nada que ver

con el distinción de las obligaciones según sean de medios o de resultado. Esta clasificación apunta a la cuestión de fondo, al factor de atribución aplicable. Subjetivo u objetivo según sea la obligación *de medios* o *de resultado* (art. 1721, 1722, 1723 y 1724, CCyC). Lo probatorio es materia procesal, más allá de que el Código Civil y Comercial sienta algunos principios.

Lo referente a la prueba del factor de atribución, ya sea objetivo o subjetivo es cuestión distinta. Se trata de un tema propio del *onus probandi* y no una cuestión de fondo vinculada a la naturaleza objetiva o subjetiva de la responsabilidad.

Es así que el art. 1734 dispone: “*Prueba de los factores de atribución y de las eximentes. Excepto disposición legal, la carga de la prueba de los factores de atribución y de las circunstancias eximentes corresponde a quien los alega*”.

En otras palabras, es a cargo del acreedor o víctima la prueba de los factores de atribución, ya sean subjetivos u objetivos.

Pero como ya lo habíamos adelantado en este mismo trabajo, hay situaciones en las cuales la prueba puede aliviarse a favor del acreedor víctima. Y en tal sentido, el artículo 1735, CCyC, faculta a los jueces a aplicar lo que se conoce como la *teoría de las cargas probatorias dinámicas*. Claro que ello tiene carácter excepcional, pues la regla es la que surge del art. 1734. De ahí que no vemos con buenos ojos una práctica judicial reciente según la cual, en todo juicio de responsabilidad civil médica, algunos jueces de manera automática, al inicio del proceso, adviertan que aplicarán el art. 1735, CCyC.

También merece mencionarse el art. 1768, referido a la responsabilidad de los profesionales liberales, el que entre otras cosas establece que la responsabilidad de estos es subjetiva, excepto que se haya comprometido un resultado concreto.

Como conclusión podemos afirmar que:

1) El Código Civil y Comercial recoge expresamente el distinción de las obligaciones según sean *de medios* o *de resultado*.

2) En las *obligaciones de medios* el factor de atribución es subjetivo y en las *de resultado* es objetivo.

3) La prueba de los factores de atribución como regla general está en cabeza del acreedor víctima del daño.

4) En situaciones excepcionales los jueces pueden aplicar la teoría de las cargas probatorias dinámicas a los efectos de tener por comprobado el factor de atribución.

V. Valoración de la conducta del causante del daño

El artículo 1725 contiene una pauta de valoración de la conducta del sujeto responsable. Se trata de un síntesis de los artículos 902 y 909 del Código Civil derogado.

{ NOTAS }

(8) BUERES, Alberto J., “Objeto del negocio jurídico”, Ed. Hammurabi, Buenos Aires, 1998, 2ª edición, ps. 169-170.

(9) En el Código Civil y Comercial el *casus* o ruptura del nexo causal lo encontramos contemplado en los ar-

tículos 1729 a 1733.

(10) BUERES, Alberto J., “Responsabilidad civil de las clínicas y establecimientos médicos”, Ed. Ábaco, Buenos Aires, 1981, p. 133.

(11) Se llegó a hablar de obligaciones de resultado agravadas y otras atenuadas. Tal vez de ahí surgen los incisos b) y c) del artículo 774. Ver ALTERINI, Atilio Anfbal, “Carga y contenido de la prueba

del factor de atribución en la responsabilidad contractual”, LA LEY 1988-B, 947; La Ley Online AR/DOC/3406/2001.

● VIENE DE PÁGINA 3

Se trata de un agravamiento de la conducta exigible del agente, como así también de la previsibilidad en los casos en que hay un mayor deber de obrar con diligencia y conocimiento.

Se trata de una fórmula que ha sido muy usada por la jurisprudencia en casos de responsabilidad civil médica. Así, por ejemplo, se ha dicho que: “Difícilmente pueda concebirse un supuesto en que el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas sea mayor que respecto de los médicos, desde que a éstos se les confía de modo exclusivo la vida misma de los pacientes. En tales supuestos, la menor imprudencia, el mínimo descuido o la negligencia más leve, adquieren una dimensión especial que les confiere una singular gravedad, de modo que no hay cabida para culpas pequeñas, pues el recto ejercicio de la medicina es incompatible con actitudes superficiales”⁽¹²⁾. Se exige una diligencia superior, calificada o, si se quiere, la más mínima culpa es suficiente para responsabilizar al sujeto. Claro que estamos hablando de supuestos de responsabilidad subjetiva, pues de aplicarse un factor objetivo de atribución, la culpa queda fuera de cuestión.

En el caso de la especial confianza a la que alude el art. 1725 está referido a la responsabilidad que tiene su génesis en el incumplimiento de obligaciones preexistentes o incumplimientos contractuales. Por lo general se trata de contratos personalizados.

VI. Supuestos de responsabilidad subjetiva y objetiva

Sin perjuicio del tratamiento que le demos a la cuestión al abordar el análisis de los supuestos específicos de responsabilidad, en esta oportunidad a mero título enunciativo mencionaremos algunos supuestos de aplicación de cada uno de los factores de atribución.

Entre los supuestos de aplicación de los factores de atribución subjetivos podemos citar los siguientes:

a) Incumplimiento de una obligación de medios (art. 1749 y art. 1723 *a contrario sensu*)

b) Responsabilidad directa del sujeto por sus propios actos (art. 1749)

c) Responsabilidad de los profesionales liberales en la medida que no hayan garantizado un resultado concreto (art. 1768)

d) Invasión de la vida privada ajena (art. 1770)

e) Acusación calumniosa (art. 1771)

Entre los supuestos de aplicación de los factores de atribución objetiva podemos citar a los siguientes:

a) Incumplimiento de una obligación de resultado (factor garantía, art. 1723)

b) Daños causados por actos involuntarios (factor equidad, art. 1750)

c) Responsabilidad del principal por el hecho del dependiente (factor *garantía*, art. 1753)

d) Responsabilidad de los padres por los hechos de los hijos (factor *garantía*, art. 1754 y 1755)

e) Daño causado por el riesgo o vicio de las cosas (factor *riesgo creado*, art. 1757)

f) Daño causado por actividades riesgosas (factor *riesgo creado*, art. 1757)

g) Daño causado por animales (factor *riesgo creado*, art. 1759)

h) Daño derivado de la actividad peligrosa de un grupo (factor *riesgo creado*, art. 1762)

i) Responsabilidad de los establecimientos educativos (factor *garantía*, art. 1767)

j) Responsabilidad de los profesionales liberales cuando hayan asumido un resultado concreto (factor *garantía*, art. 1768)

k) Accidentes de tránsito (factor *riesgo creado*, art. 1769).

VII. La prueba de los factores de atribución

El Código Civil y Comercial en su artículo 1734, con buen criterio sienta la regla general según la cual la prueba del factor de atribución está en cabeza de quien lo alega, es decir, de quien pretende la indemnización de un daño. Y será el imputado como responsable quien en todo caso podrá también ofrecer una contraprueba, es decir, probar que en el caso no ha habido culpa o no ha habido dolo, o no se da tampoco la presencia de un factor objetivo de atribución.

A renglón seguido, el artículo 1735 bajo el título de *facultades judiciales* permite a los jueces distribuir la carga de la prueba del factor de atribución o en su caso la ausencia del mismo, poniendo dicha carga en cabeza de quien se encuentre en mejores condiciones de probar el extremo que hace a su pretensión. Es lo que desde hace tiempo se conoce como regla de las cargas probatorias dinámicas.

El criterio del Código responde a un nuevo dinamismo probatorio. “Como principio cada parte debe acreditar los hechos que alega como base de su pretensión indemnizatoria o defensiva; pero en numerosos casos un litigante soporta una imposibilidad o significativa dificultad para aportar datos relevantes en comparación con la facilidad del otro. Por eso las cargas dinámicas desplazan el peso probatorio hacia la parte que se encuentre en mejores condiciones para suministrar los elementos pertinentes y eficaces, cuando la otra soporta alguna inferioridad en tal sentido. En igualdad de situaciones, se aplican las directivas clásicas”⁽¹³⁾.

Esta excepcional facilidad probatoria funciona sólo para el factor de atribución, pero no para el nexo de causalidad.

La teoría de las cargas probatorias dinámicas tuvo su mayor desarrollo a partir de la década de los '80 del siglo pasado. Recordemos que las reglas de la carga de la

prueba cobran importancia justamente en los casos en que no se han podido recolectar pruebas suficientes como para avalar certeramente las afirmaciones de las partes que intervienen en un juicio. “La esencia y el valor de las normas sobre la carga de la prueba consisten en esta instrucción dada al juez acerca del contenido de la sentencia que debe pronunciar en un caso en que no puede comprobarse la verdad de una afirmación de hecho importante. La decisión debe dictarse en contra de la parte sobre la que recae la carga de la prueba con respecto a la afirmación de hecho no aclarada”⁽¹⁴⁾.

De ahí que cuando existen pruebas completas sobre la verdad de los hechos alegados por uno de los litigantes, resulta innecesario apelar a las reglas de la carga de la prueba. En otras palabras, si en el expediente existe una pericia que descarta la existencia de culpa profesional, el tribunal no podrá echar mano a la teoría de las cargas probatorias dinámicas para tener por probada la culpa.

La carga probatoria determina las reglas identificatorias acerca de quién debe probar cierto hecho o circunstancia. Estas reglas sólo interesan ante la ausencia de prueba eficaz para suscitar certeza en el juez, pues será en este caso cuando el tribunal deberá fallar contra quien debía probar y no lo hizo. Porque tengamos en cuenta que en la puja procesal cada parte tratará de acompañar al expediente todas las pruebas que hagan a su derecho.

La doctrina tradicional había elaborado unas reglas de la carga probatoria que por lo general parten de determinadas clasificaciones. Así por ejemplo se habla generalmente de *hechos constitutivos*, *extintivos*, *invalidativos* y *convalidativos*. Se afirma que generalmente la actora debe probar los hechos afirmados en la demanda llamados *hechos constitutivos*. Por su parte, la demandada debe probar los *hechos impeditivos* que son los que obstan a que el hecho constitutivo produzca sus efectos jurídicos normales, los *extintivos* que acaban con las consecuencias jurídicas de los hechos constitutivos, y los *modificativos* que alteran los efectos de los hechos constitutivos.

A esta teoría responde la regla general que adapta el Código Civil y Comercial.

Estas reglas tradicionales vienen a ser completadas con la teoría de las llamadas cargas probatorias dinámicas. Estas nuevas reglas tendientes a aquilatar adecuadamente situaciones y circunstancias singulares, que no se avenían a ser enmarcadas en los moldes clásicos conocidos. Según esta doctrina se considera *regla de distribución de la carga de la prueba* el colocarla en cabeza de la parte que se encuentre en mejores condiciones para producirla. Es decir que estas reglas asumen un carácter dinámico en cuanto no se atan a un esquema rígido, sino que dependen de las especiales circunstancias del caso.

Se ha dicho que “igualmente relacionadas con el tema probatorio se encuentran las cargas probatorias (que, al fin y al cabo, son reglas que indican al juez cómo debe decidir cuando, precisamente, no hay prueba). Es decir: propone la problemática consistente en determinar a cargo de

cuál de las partes se halla el esfuerzo de probar tal o cual hecho litigioso. Superada la época —aunque no del todo— en la cual tales cargas conformaban un sistema pétreo, hoy ya se habla de *cargas probatorias dinámicas*, vale decir que pueden recaer (descartando así los apriorismos propios del sistema tradicional) en cabeza del actor y demandado según fueren las circunstancias del caso y la situación procesal de las partes”⁽¹⁵⁾.

En las *V Jornadas Bonaerenses de Derecho Civil, Comercial, Procesal e Informático* celebradas en Junín en octubre de 1992 se aprobó una recomendación según la cual la llamada *doctrina de las cargas probatorias dinámicas* puede y debe ser utilizada por los estrados judiciales en determinadas situaciones en las cuales no funcionan adecuada y valiosamente las previsiones legales que, como norma, reparten los esfuerzos probatorios. Ésta importa un desplazamiento del *onus probandi* según fueren las circunstancias del caso, en cuyo mérito aquél puede recaer, v. gr., en cabeza de quien está en mejores condiciones técnicas, profesionales o fácticas para producirlas, más allá del emplazamiento como actor o demandado o de tratarse de hechos constitutivos, impeditivos, modificativos o extintivos.

Es de señalar que el recurso a las cargas probatorias dinámicas no es la regla, sino la excepción. La regla es la del artículo 1734 según la cual la carga de la prueba de los factores de atribución corresponde a quien lo alega. Es decir que quien afirma que el demandado ha obrado con culpa es quien en principio debe probar la existencia de esa culpa.

En un valioso aporte Gesualdi recuerda que juntamente con Bueres presentaron una ponencia en las *III Jornadas de Derecho Civil y Comercial de la Provincia de La Pampa* celebradas en abril de 1991. Expone la jurista citada: “en la parte pertinente de la citada ponencia que fue aceptada como punto 9 de las conclusiones de la Comisión que abordó el tema *Responsabilidad*, sostuvimos que cuando la responsabilidad se funda en la culpa, ésta debe ser probada por el actor, sin perjuicio de la incidencia de las presunciones, y del concepto de carga probatoria dinámica —cuyo funcionamiento es de excepción— que hace recaer ésta en cabeza de quien se encuentra en mejor condición de probar. Con ello, reiteramos que con carácter excepcional podrá desplazarse la carga de la prueba hacia el profesional, recurriendo al *favor probationes*”⁽¹⁶⁾.

En consecuencia, la aplicación de la teoría de las cargas probatorias dinámicas, tiene carácter residual, no es la regla sino la excepción. ●

Cita on line: AR/DOC/1664/2016

! MÁS INFORMACIÓN

Vázquez Ferreyra, Roberto A., “Los presupuestos de la responsabilidad civil en el nuevo Código”, LA LEY 14/10/2015, 1; “La antijuridicidad en el Código Civil y Comercial”, RCyS 2015-IV, 38.

{ NOTAS }

⁽¹²⁾ CS 10/05/199 “R., A c/ Porcella, Hugo”, RCyS 2000-498. Del voto en disidencia de los jueces Fayt y Vázquez: La CSJN declaró inadmisibile el recurso extraordinario. No obstante el párrafo citado ha sido muy usado por otros tribunales del país.

⁽¹³⁾ ZAVALA de GONZÁLEZ, Matilde, “Dinamismo probatorio en la responsabilidad civil”, LA LEY, 2013-B, 1174.

⁽¹⁴⁾ ROSENBERG, Leo, “La carga de la prueba”, Ed. Ejea, Buenos Aires 1956, ps. 2 y 3.

⁽¹⁵⁾ PEYRANO, Jorge - CHIAPPINI, Julio, “Lineamientos de las cargas probatorias dinámicas”, ED 107-1005.

⁽¹⁶⁾ GESUALDI, Dora, “La prueba de la culpa médica en la responsabilidad profesional”, en *Las responsabilida-*

des profesionales. Libro en homenaje al doctor Luis O. Andorno, 1992, p. 257.

Carlos H. Vidal Taquini

directores de carreras de posgrado en diversas universidades. Con generosidad presentó y prologó los libros de sus discípulos por el orgullo que le causaba ser su mentor

Quien trató con él por afuera de lo profesional lo conoció como un hombre sensible y cariñoso con aquellos a quienes apreciaba y

quería. Amaba y se enorgullecía de su familia, su mujer Margot que lo acompañó a lo largo de 60 años, sus cuatro nietos y su hijo Pablo, con quien compartía la pasión del fútbol y los caballos que él mismo criaba en su campo de San Antonio de Areco. Con su humor condicionaba las comidas y el vino que le gustaba compartir con sus amigos y colegas.

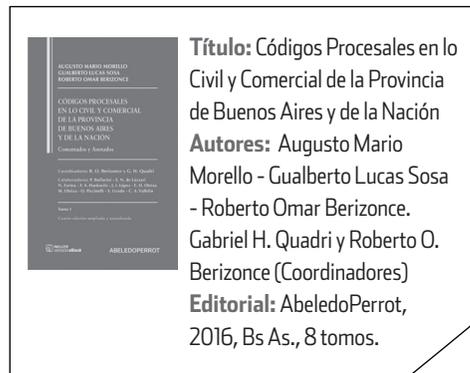
Despedimos hoy al Dr. Vidal Taquini con cariño y gratitud. ●

Adriana M. Wagmaister

Cita online: AR/DOC/1741/2016

VIENE DE TAPA

BIBLIOGRAFÍA



Título: Códigos Procesales en lo Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Nación
Autores: Augusto Mario Morello - Gualberto Lucas Sosa - Roberto Omar Berizonce. Gabriel H. Quadri y Roberto O. Berizonce (Coordinadores)
Editorial: AbeledoPerrot, 2016, Bs As., 8 tomos.

útil para los denominados operadores jurídicos.

En ocho tomos los autores han logrado un verdadero Tratado de Derecho Procesal, aun cuando, a partir del tomo II siguieron el método de anotar los artículos de los Códigos de la Nación y de la Provincia.

Como comentario inicial, merece destacarse la unidad de la obra pese a los diversos autores que intervinieron; no se trata de una reunión de textos sino de un trabajo sistemático. Además, otro tema que no es menor es la impresión de los ocho volúmenes y su lanzamiento en forma simultánea, lo que demuestra un esfuerzo editorial ponderable. Finalmente, cabe señalar la importancia de los capítulos referidos a la incidencia del Código Civil y Comercial de la Nación en materia procesal con comentarios doctrinarios y citas de jurisprudencia.

El tomo I puede constituir, por sí solo, una obra completa acerca de las instituciones procesales; allí leemos sobre los principales desafíos que enfrenta el moderno Derecho Procesal y la íntima vinculación del proceso con el derecho de defensa y las garantías constitucionales; el concepto del servicio de justicia, el derecho a la jurisdicción, los recaudos constitucionales para la validez de las sentencias, el amparo, la responsabilidad de los jueces, la función del abogado, los principios procesales y otros temas de gran interés para lograr una tutela judicial efectiva, como manda la Constitución de la Provincia de Buenos Aires.

Los autores se preocuparon por mantener los textos de las primeras ediciones que aún conservan vigencia, y ello constituye un aporte invaluable para el lector que lee por primera vez la obra. Además se incorporaron artículos de doctrina que esclarecen aún más los temas abordados.

Como dije, a partir del tomo II y hasta el VIII se comentan cada uno de los artículos de los Códigos Procesales (Nación y Provincia de Buenos Aires). La mayoría de ellos se encuentran agrupados según la materia de que tratan y están precedidos de un análisis doctrinario de la institución con abundante bibliografía. Luego se transcribe el articulado de ambos Códigos con citas de jurisprudencia provincial y nacional.

La obra contiene temas de gran profundidad doctrinaria, algunos permanentes dentro del estudio de la disciplina y otros novedosos en la legislación argentina o escasamente abordados, tales como la protección de los derechos del consumidor; los procesos colectivos, con especial referencia a la compleja cuestión de la representación adecuada; los procesos de estructura monitoria; la ejecución provisoria de la sentencia como tutela urgente y como tutela de evidencia; la carga dinámica de la prueba; el documento electrónico o digital, y la subasta electrónica; el arbitraje internacional; el derecho internacional y el control de convencionalidad; la modificación del Código Civil y Comercial de la Nación a los casos de incapacidad de la personas y de restricción a esa capacidad; entre muchos otros que constituyen la preocupación de los procesalistas en estos momentos.

Junto a esos temas también advertimos en los distintos volúmenes aspectos eminentemente prácticos, metodología que no es común en Tratados de esta envergadura; muchas veces se comete el error de despreciar la parte práctica cuando el Derecho Procesal y el Proceso en especial se nutren de conceptos teóricos y prácticos que es conveniente relacionarlos entre sí. De tal forma vemos capítulos que llevan como títulos "Cómo se elabora y redacta una demanda" (individual y colectiva); "Cómo preparar y elaborar la oposición de excepciones"; "Cómo preparar y elaborar la contestación de demanda"; "Cómo pre-

parar y llevar adelante la audiencia preliminar"; "Cómo se ofrece la prueba pericial y redactan los puntos de pericia"; "Cómo se elabora y redacta un alegato de bien probado", con un sugestivo interrogante: "¿Por qué el folklore dice que no se leen los alegatos?", entre otras cuestiones de gran utilidad práctica.

Podemos también informarnos sobre la experiencia de la mediación obligatoria en la República y también sobre la estructura del órgano judicial en el proceso por audiencia.

Al final del tomo VIII hay un índice general de los distintos capítulos que integran cada tomo; ello facilitará la búsqueda de lo que interesará al lector en un momento determinado. Además de una extensa bibliografía que demuestra el enorme trabajo de investigación de los autores pues estimo que no existen libros ni trabajos de doctrina que no hayan sido consultados. Finalmente un apéndice con los fallos más importantes, con implicancia procesal, vinculados con el Código Civil y Comercial de la Nación dictados desde su entrada en vigencia hasta, prácticamente, la fecha de publicación de ese tomo.

Me resulta imposible en esta breve reseña hacer un comentario exhaustivo de las más de nueve mil páginas que integran los ocho volúmenes; sólo corresponde regocijarnos por la feliz idea de reeditar esta obra que desde hace varias décadas constituye uno de los libros de consulta más importantes; y en esta oportunidad actualizada con las últimas novedades legislativas y doctrinarias. Por supuesto que serán leídas con provecho por profesores y estudiosos en general, y también por el abogado más joven que desee hallar la solución a un problema concreto en la difícil tarea de abogar.

Ronald Arazi

Se ha publicado la cuarta edición de una obra ya clásica, como es Códigos Procesales de la Nación y de la Provincia de Buenos Aires, comentados y anotados. La primera edición apareció en el año 1969, casi en forma simultánea con la entrada en vigencia de la nueva legislación procesal en la Nación y en la Provincia. En esa edición uno de los autores era el Dr. Roberto Omar Berizonce, siendo entonces muy joven pero ya un destacado procesalista. Ahora, con su experiencia y su enorme capacidad y talento, lidera un grupo de estudiosos de la materia que han puesto su empeño para lograr una obra de gran jerarquía y que seguramente será recibida con beneplácito por jueces, funcionarios, abogados y, en general, por todos a quienes interesa el estudio del Derecho Procesal.

Nos informa el Dr. Berizonce en el prólogo de esta nueva edición que el Dr. Gabriel H. Quadri ha coordinado el equipo que tuvo a su cargo la revisión y actualización de la jurisprudencia citada. Y damos fe de que ha llevado a cabo la tarea con una eficacia asombrosa, pues los distintos volúmenes contienen jurisprudencia de fecha muy próxima a la aparición de ellos, toda de gran utilidad práctica y que, sin duda, constituirá una herramienta muy

ripción de una reorganización societaria como acto libre de impuestos. Confirmada la decisión por la Cámara, el contribuyente interpuso recurso extraordinario. La Corte Suprema revocó la sentencia.

El art. 77 de la ley 20.628 no impone ninguna limitación en cuanto a la cantidad de sujetos pasivos que pueden participar en un proceso de escisión, a efectos de ser la reorganización societaria un acto libre de impuestos, pues claramente refiere a la "división de una empresa en

otra u otras"; por lo tanto, nada obsta a que en estos procesos pueda hacerse uso tanto de la figura prevista en el inciso "a" (fusión), como de la del inciso "b" (escisión) en forma conjunta, lo que de por sí implicaría una pluralidad de sujetos activos.

119.254— CS, 12/04/2016. - Grupo Posadas S.A. c. AFIP - DGI s/demanda contenciosa.

Cita on line: AR/JUR/19679/2016

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 31/05/2016, p. 8, Atención al Cliente, www.laleyonline.com.ar o en Proview]

Impuesto a las Ganancias

Acto libre de impuestos. Reorganización societaria. Interpretación del art. 77 de la ley 20.628.

Véase en página 6, Nota a Fallo

Hechos: La Dirección Regional de la AFIP (Posadas, Misiones) denegó la ins-

JURISPRUDENCIA

 **NOTA A FALLO**

Reorganización libre de impuestos

SUMARIO: I. Introducción. — II. ¿Cómo juegan entre sí las tres hipótesis previstas en la Ley de Impuestos a las Ganancias? — III. A modo de síntesis.

Iván G. Di Chiazza y Andrés E. Peretti

I. Introducción

La Ley de Impuestos a las Ganancias (LIG) permite que, bajo determinadas condiciones, las empresas se reorganicen con efectos fiscales neutros; vale decir, sin que se graven los resultados que pudieran surgir como consecuencia de dicho proceso (art. 77) incluso, existe la posibilidad de transferir derechos y obligaciones (quebrantos no prescriptos, franquicias impositivas —*v. gr.* regímenes de promoción—) de acuerdo con lo previsto en el art. 78. (1).

Bajo la conceptualización tributaria existen tres hipótesis de reorganización: (i) la fusión (sea constitutiva o por absorción); (ii) la escisión y (iii) las ventas de una entidad a otra en el marco de un conjunto económico (art. 77, LIG). Todo ello en los términos del decreto reglamentario (“DR”), respecto del cual luego nos detendremos.

Para obtener el beneficio del art. 77 (que los eventuales resultados no estén alcanzados por el gravamen) la LIG requiere, básicamente, que: (i) las empresas continúen desarrollando alguna actividad de las empresas reorganizadas por un lapso de 2 años (2), y (ii) que “...los titulares de las empresas antecesoras deberán mantener durante un lapso no inferior a 2 años desde la fecha de la reorganización, un importe de participación no menor al que debían poseer a esa fecha en el capital de las empresas continuadoras...” (3).

Este es el marco general de la LIG. No son pocos los interrogantes que la normativa legal plantea, por ejemplo: (i) ¿Quiénes pueden ser sujetos de una Reorganización Libre de Impuestos (RLI)?; (ii) ¿Cómo juegan entre sí las tres hipótesis previstas en la LIG? ¿Qué encuadre corresponde en caso de que una misma reorganización califique tanto en la hipótesis de fusión como en la hipótesis de la venta en un conjunto económico?; (iii) ¿Todos los titulares de las “antecesoras” deben permanecer en las “continuadoras”? ¿Quiénes asumen tal carácter cuando hay empresas ya existentes al momento de la RLI y que subsisten luego de la misma?; (iv) ¿Qué implica mantener un “importe de participación no menor al que debían poseer”?; (v) ¿Bajo qué circunstancias o condiciones una “actividad” califica como tal?; etc., etc.

Estas dudas son fruto, precisamente, de la técnica legal. O mejor dicho, de la completa ausencia de una técnica apropiada. El proble-

ma, como es obvio advertir, no es otro que el estado de inseguridad jurídica en el que esta situación sumerge a los contribuyentes.

Ello se manifiesta en dos actitudes habituales entre los operadores jurídicos vinculados con la temática; ambas, igualmente preocupantes. Por un lado, la difusión de temores o contingencias (no pocas veces infundados) a la reacción del organismo recaudador si la RLI no se estructura de tal o cual manera. Por otro lado, la adopción de decisiones sin prever un mínimo de precauciones a fin de amortiguar eventuales reclamos (reales) de dicho organismo. Lo primero lleva a paralizar, injustificadamente, reorganizaciones que se podrían concretar sin mayores inconvenientes. Lo segundo, contrariamente, hace que no se respeten las previsiones sustanciales y formales mínimas para evitar el rechazo de la AFIP o para obtener, en su caso, el respaldo judicial posterior.

El reciente pronunciamiento de nuestro Máximo Tribunal Nacional *in re* “Grupo Posadas” del pasado 12 de abril, ratifica un criterio que logra poner claridad y sentido común entre tantos interrogantes relevantes. Se trata de la problemática de la relación de las distintas hipótesis previstas y *en especial de una particular situación referida a la cantidad de empresas intervinientes en una escisión.*

II. ¿Cómo juegan entre sí las tres hipótesis previstas en la Ley de Impuestos a las Ganancias?

La LIG menciona, como ya dijimos, tres hipótesis de reorganización: inc. a) fusión; inc. b) escisión e inc. c) transferencias dentro de un conjunto económico (arts. 77 LIG y 105 DR). El DR se encarga luego de definir las y allí incorpora la idea del mínimo de participación que debe ser del 80% y que los titulares de las empresas antecesoras deben conservar en las continuadoras.

La misma norma reglamentaria (art. 105) exige una serie de requisitos adicionales, no previstos en la LIG, pero lo hace sólo para las dos primeras hipótesis, es decir, para la fusión y la escisión, dejando al margen de las mismas a las transferencias en el marco de un conjunto económico.

Esos requisitos adicionales son: I) que las empresas se encuentren en marcha; II) que continúen desarrollando por no menos de 2 años alguna de las actividades de las empresas reestructuradas (este recaudo es coincidente con lo previsto en el art. 77

LIG); III) que hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la reorganización y IV) que la reorganización se comunique a la AFIP.

El problema es que algunos de tales recaudos son una especificación o reglamentación de los exigidos por la LIG —tal el caso de los puntos II) y IV), por ejemplo—. Otros, en cambio, no responden en absoluto a tal característica —tal el caso de los puntos I) y III)— y son, sencillamente, requisitos adicionales del DR que exceden el ámbito de la reglamentación y por ello, devienen inconstitucionales.

1. Requisitos adicionales e inconstitucionales

Los requisitos que incorpora el DR en los puntos I) y III) del art. 105 son claramente inconstitucionales (art. 99.2, CN). Se trata de recaudos cuya legitimidad es cuestionable dado que no son, propiamente, una especificación o reglamentación de requisitos previstos en la LIG; sino que se trata, lisa y llanamente, de nuevas y distintas exigencias respecto de las que prevé el art. 77 LIG.

La reglamentación es necesaria para la ejecución de una ley, desde luego no debe alterar su sentido, menos aún, introducir requisitos, condiciones, exigencias o excepciones no contempladas por la ley. Si lo hiciera, cualquier decreto reglamentario devendría inconstitucional.

Lo que se supone que debe hacer un decreto reglamentario es, aunque parezca obvio decirlo, reglamentar, nada más. Es decir, debe especificar, detallar, establecer pautas concretas que hacen a la operatividad y ejecución de lo previsto en la ley. Lo que no debe hacer es exceder ese marco. Si lo hiciera, estaría legislando y con ello vulnerando el principio liminar de legalidad. En pocas palabras, un decreto reglamentario no debe establecer condiciones distintas a las previstas en la ley. Esto es lo que sucede con los puntos I) y III) del art. 105 del DR de la LIG que, por tal simple razón, resulta ilícito y exige una declaración de inconstitucionalidad, al menos, en tales puntos.

Desde el momento en que el órgano recaudador de impuestos elabora ciertas elucubraciones, como luego veremos, respecto a las relaciones entre las diferentes hipótesis de reorganización y posterga la referida a las transferencias en el marco de un conjunto económico (inc. c]) a fin de poder aplicar al mayor número posible de reorganizaciones la hipótesis de fusión (inc. a]) lo hace, claramente, con ánimo recaudatorio ya que

al existir mayores exigencias reglamentarias para ésta última es dable esperar que algunas de esas reorganizaciones no califiquen como RLI; pero a la par, ello implica tanto como agregar mayores exigencias o condicionantes en una suerte de ampliación (ilegal) operada por el DR.

2. Las exigencias adicionales del Decreto Reglamentario y el conjunto económico

El DR exige adicionalmente, como hemos visto, que las empresas se encuentren en marcha y que hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas por un lapso de doce meses con anterioridad a la fecha de reorganización, aunque, solamente para los casos de los incs. a) y b), no así en la hipótesis del inc. c]). En consecuencia cabe preguntarse: ¿las empresas que conforman un grupo económico y deciden fusionarse pueden recurrir a la figura de la transferencia como conjunto (inc. c]) o deben hacerlo, necesariamente, bajo la hipótesis de la fusión (inc. a])?

La importancia y eventual interés en concretar la RLI por la vía del inc. c) en vez del inc. a) es evidente: hay requisitos que la AFIP no podrá exigir en el primer caso.

3. Delimitación de las hipótesis

A criterio de la AFIP, la fusión por absorción, sea de empresas independientes o pertenecientes a un mismo conjunto económico, encuadran en el inc. a) del art. 77, en tanto que el inc. c) queda reservado para aquellos procesos de reorganización con transferencias de fondos de comercio, cuyas empresas transmitentes hubieran subsistido a los mismos (4). De modo tal que si la RLI involucra a una fusión de empresas que también conforman un conjunto económico, corresponde aplicar el inc. a) del art. 77, LIG y, consecuentemente, se exigirán los recaudos adicionales del art. 105, DR. Este es el criterio que ha venido defendiendo la AFIP.

A nuestro criterio no es correcto. El DR en su art. 105, como ya hemos señalado, introduce requisitos que, más allá de su cuestionada constitucionalidad, lo cierto es que distinguió los que exige para los casos previstos en los incs. a) y b) del art. 77, esto es, fusión y escisión, del supuesto del inc. c), que refiere a operaciones efectuadas en el marco de un conjunto económico. Los requisitos establecidos para los casos contemplados en los incs. a) y b) no aplican a un caso encuadrable en el inc. c). Así, el supuesto más conflictivo se ha presentado con la que hemos identificado como exigencia III) del art. 105 del DR, referida a que las empresas hayan desarrollado actividades iguales o vinculadas durante los 12 meses inmediatos anteriores a la reorganización.

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) En materia del Impuesto al Valor Agregado (art. 2°, inc. a), 2° párr., ley 20.631, corresponde la no aplicación del tributo a los hechos impositivos producidos en el marco de reorganizaciones empresarias que cumplan con las condiciones previstas en la LIG y su DR.

(2) El DR de la LIG alude al respecto, en su art. 105, a alguna de las actividades de la o las empresas reestructuradas u otras vinculadas con aquéllas —permanencia de la explotación dentro del mismo ramo—, de forma tal que los bienes y/o servicios que produzcan

y/o comercialicen la o las empresas continuadoras posean características esencialmente similares a los que producían y/o comercializaban la o las empresas antecesoras.

(3) Para obtener el beneficio del art. 78, LIG, se requiere, además, que los titulares de la antecesora mantengan durante no menos de 2 años anteriores a la reorganización, como mínimo, el 80% de su participación en el capital (salvo que la continuadora cotice sus acciones). No obstante lo anterior, los quebrantos impositivos acumulados no prescriptos y las franquicias impositivas pendientes de utilización, originadas en el acogimiento a regímenes especiales de promoción (incs. 1 y 5, art. 78) sólo serán trasladables a la continuadora, cuando los titulares de la antecesora verifiquen el mismo recaudo anterior. Este requisito específico, en el supuesto del art. 78, LIG, busca evitar las adquisiciones de empresas y su posterior reorganización con el exclusivo fin de usufructuar los quebrantos acumulados en cualquiera de las participantes del negocio. Cfr. CS, 28/08/2012, “Galeno Argentina SA”, LA LEY Online: AR/JUR/57130/2012.

(4) *Vid.*, entre otros, dictamen 35/2010—15/7/2010—AFIP. “La fusión por absorción dentro de un conjunto económico se encuentra comprendida en el inciso a) del Artículo 77 de la LIG. Considerando que si la operación se hubiera limitado a la transmisión de una universalidad de hecho o fondo de comercio, habría correspondido la aplicación del supuesto previsto en el artículo 77 inciso c), en la medida en que las empresas transmitentes hubieran subsistido, aunque fuese residualmente”. Dictamen 30/2009—8/3/2009—AFIP. Con el mismo criterio: Dictamen 26/2004—5/5/2004—AFIP.

La Corte Suprema, con el respaldo de excelentes planteos de la Procuración, se ha encargado de clarificar el punto.

3.1. “Frigorífico Paladini SA”

Frigorífico Paladini SA absorbió por medio de una fusión a Frigorífico Villa Diego SA y enmarcó la operación en el inc. a) del art. 77, LIG. La AFIP rechazó la reorganización porque la absorbida careció de empleados durante los últimos dos años anteriores a la fusión y declaró, tiempo antes, que su actividad consistía en prestar servicios inmobiliarios, circunstancias que implicaban, a su criterio, un incumplimiento de lo previsto en los puntos I) y III) del art. 105, DR.

La Cámara Federal de Apelaciones de Rosario confirmó lo resuelto por la AFIP. Negó también que la operación estuviera alcanzada por el inc. c) del art. 77, LIG dado el incumplimiento del requisito de continuidad de la actividad ya que la absorbida había declarado que su única actividad era la inmobiliaria.

Es importante tener presente que la empresa actora había comunicado a la AFIP su reorganización como fusión (inc. a), art. 77 LIG y ante el rechazo por parte de la AFIP sostuvo, en el marco de un recurso de apelación en sede administrativa, que correspondía enmarcar la reorganización en los términos del art. 77, inc. c); esto es, como una transferencia dentro de un mismo conjunto económico. Este planteo fue rechazado.

3.2. El dictamen de la Procuración y el fallo de la Corte Suprema

La intervención de la procuradora fiscal ante la Corte ha sido clarificadora. Con precisión jurídica y sentido común logró encausar el asunto. Se detuvo en dos cuestiones fundamentales.

Primero, sostuvo que no hay fórmulas sacramentales para que los administrados efectúen sus planteos en sede administrativa por lo tanto si el contribuyente notificó, en ocasión de la apelación, su reorganización en los términos del inc. c) y no habiendo la AFIP presentado argumento alguno por el cual se le deba restar efecto jurídico a dicha notificación, la decisión de la Cámara resulta injustificada por un excesivo rigor formal.

Segundo, puso el acento el principio de la realidad económica y a partir de allí analizó el argumento de la Cámara antes mencionado respecto a la declaración que oportunamente había efectuado la empresa absorbida. Consideró al respecto que los inspectores de la AFIP habían constatado que en las instalaciones de la absorbida se realizaban actividad de frigorífico, ello así, ya que como la propia AFIP reconoció, la fusión se había concretado tiempo atrás, por ello la absorbida y la absorbente lo hacían bajo la misma y única habilitación del SENASA. Sobre tal base se consideró que la solución de la Cámara, al limitarse a lo declarado por la absorbida, ignoró la realidad económica y ello hace que su sentencia no sea una lógica derivación de los hechos de la causa (5).

La Corte (6) hizo suyo el excelente dictamen de la procuradora, aceptó el recurso extraordinario y revocó la sentencia ordenando que se dicte un nuevo fallo.

3.3. “Inter Engines South Ame SA”

Un caso similar a “Frigorífico Paladini SA” es “Inter Engines South Ame SA”. Ha tenido dictamen de la Procuración en el mismo sentido que en aquella causa. Allí, se ha disentido con la “interpretación dogmáticamente sostenida por el Fisco Nacional en cuanto a que las operaciones contempladas en los incs. a) y c) resultan mutuamente excluyentes y que las del segundo de ellos únicamente abarcan a las transferencias de fondos de comercio regidas por la ley 11.687”.

El Máximo Tribunal de la Nación resolvió siguiendo el criterio de la Procuración, el 18/6/2013.

3.4. Otros casos de la Corte Suprema La postura de la Corte se ha afianzado en los casos “La Veloz del Norte SA” del 16/12/2014 y “Devon Energy Corporation of Argentina Suco Arg.” del 27/11/2014.

Resuelto aquel punto, uno nuevo se planteó en un aspecto que resulta, cuando menos, llamativo: se consideró que en el marco de un proceso de escisión la multiplicidad de escidentes (tres empresas) impedía calificar a la operación en el marco de la RLI. Una vez más, el Máximo Tribunal ha venido a poner orden, con un criterio preciso, y que sigue la línea argumental de sus precedentes en la materia.

4. El caso “Grupo Posadas”

En el caso se trató de una escisión y se planteó una situación particular porque se cuestionó que las escisionarias fueran más de una. En efecto, Grupo Posadas SA y Acces Argentina SA absorbieron, respectivamente, el 60% y el 40% resultante de la escisión patrimonial de Link SA. Las empresas conformaban un conjunto económico.

El rechazo del organismo recaudador al considerar que la reorganización no encuadraba en los supuestos fue, precisamente, que esa reorganización societaria no se ajustaba a los recaudos exigibles por el art. 77. Consideró que no se verificaba una escisión porque las empresas escisionarias eran dos, en consecuencia, esa multiplicidad de firmas no cuadraba, según su postura, en ningún supuesto de escisión.

En la instancia judicial hubo vaivenes. En efecto, mientras que el Juzgado Federal de Posadas concedió la razón a la empresa, la Cámara Federal de esa ciudad, en cambio, a instancias de la apelación del órgano recaudador, consideró lo contrario y avaló la postura sostenida por la AFIP, revocó la sentencia de la primera instancia y confirmó el acto administrativo impugnado. El Tribunal de Alzada compartió el criterio expuesto por el organismo recaudador en cuanto a que el art. 77, LIG no contempla la reorganización llevada a cabo en el caso por el Grupo Posadas.

Finalmente, el 12/4/2016 se pronunció la Corte Suprema y puso blanco sobre ne-

gro. Sostuvo que el art. 77, LIG, no impone ninguna limitación en cuanto a la cantidad de sujetos pasivos que pueden participar en un proceso de escisión pues claramente refiere a la división de una empresa en “otra u otras”. Agregó también que nada obsta a que en un proceso de reorganización de empresas pueda hacerse uso tanto de la figura prevista en el inc. a) del art. 77, supuesto de la fusión, como de la del inc. b), hipótesis de escisión, en forma conjunta.

En definitiva, el Máximo Tribunal puso énfasis en que es irrelevante la cantidad de sujetos que pueden participar en un proceso de escisión pues la normativa refiere a la “división de una empresa en otra u otras”.

III. A modo de síntesis

La relación entre las tres hipótesis de reorganización que enuncia el art. 77, LIG, siempre se mostró algo tortuosa, confusa.

La idea de la AFIP ha sido exigir que en el caso de fusión de empresas que integran un conjunto económico no corresponde aplicar el inc. c) del art. 77 sino, pura y exclusivamente, el inc. a) de la LIG. Con ello, el organismo recaudador procede a exigir los recaudos adicionales del DR (en especial los contenidos en los incs. I) y III), a los que ya nos hemos referido). Vimos que la Corte Suprema ha debido aclarar el punto, con buen y razonable criterio, en sentido contrario al propuesto por la AFIP.

La Justicia se ha encargado de poner las cosas en su justo lugar. Si se fusionan empresas que integran un conjunto económico, la fusión en sí misma (inc. a) no obsta a la posibilidad de calificar a la reorganización en el marco del inc. c), esto es, como una transferencia en el conjunto económico y con ello evitar los recaudos adicionales del DR.

Ya nos hemos referido al respecto en el sentido de que si bien compartimos el resultado consideramos que la solución deja abierto un problema. La solución presenta un efecto colateral: deja sin ámbito específico a la hipótesis de la fusión (inc. a). No habrá fusión en el contexto de una RLI que no califique a la vez como una transferencia en un conjunto económico (7).

Ahora bien, dejando estas últimas consideraciones de lado, no cabe duda de la relevancia clarificadora del fallo dictado por la Corte en “Grupo Posadas” toda vez que precisa y determina una serie de conceptos en cuanto al número de empresas que pueden formar parte de la reorganización bajo la forma de escisión o escisión fusión.

En el marco de ese conjunto pueden concretarse cuatro tipos de operaciones o reorganizaciones: (i) fusión —por absorción o por consolidación—; (ii) escisión, (iii) escisión-fusión y (iv) transferencia de bienes. Desde luego, el supuesto enunciado en (iii) (escisión-fusión) no aparece explícito en las normas vigentes pero se supone implícito pues no es más que una variante o combinación de las hipótesis (i) y (ii).

Las tres primeras presuponen el movimiento de una universalidad patrimonial y una alteración en la estructura societaria [una de las partes, al menos, sea antecesora o continuadora, será una sociedad comercial (8)]. Sea porque el patrimonio de una empresa se integra en otra, desapareciendo la primera (fusión por absorción). Sea porque el patrimonio de dos o más sociedades confluyen para conformar una nueva entidad, desapareciendo las primeras (fusión por consolidación). Sea porque una empresa fragmenta su patrimonio y este pase a formar parte de otra/s nueva/s entidad/es, desapareciendo (escisión total) o no (escisión parcial) la primera. Sea porque una parte del patrimonio de una empresa se desplaza a otra/s ya existente/s (escisión-fusión).

La cuarta hipótesis, en cambio, responde a dos supuestos: (i) la transferencia de bienes, individual o conjuntamente considerados, pero que no califica como universalidad patrimonial, entre cualquiera de los sujetos que permite el régimen y (ii) la transferencia de una universalidad (fondo de comercio) aunque no realizada por, a favor o entre sociedades comerciales. Vale decir, alude a las transferencias individuales o conjuntas de bienes pero sin que conformen, necesaria e ineludiblemente, una universalidad patrimonial, cualesquiera sean las empresas involucradas. O bien, a las transferencias de universalidades entre empresas que carecen de personalidad societaria (porque si la tuvieran aplicarían los supuestos anteriores de fusión o escisión, según el caso).

Esta es la lectura que entendemos correcta y que permite que cada supuesto mantenga un ámbito específico de aplicación (9).

La relevancia del caso “Grupo Posadas” es evidente. Desarrolla una postura que resulta una derivación de los propios conceptos legales: que las escisionarias sean más de una, resulta total y absolutamente irrelevante a los efectos de la RLI.

No es necesario exponer sobre la importancia de la RLI. Está fuera de toda discusión. El principal problema que se presenta en nuestro país al respecto es que no contamos con un régimen normativo (legal y reglamentario) autosuficiente. La enorme (y creciente) marea de interrogantes e inquietudes, de los cuales nos hemos detenido al inicio pero desarrollamos solamente uno de ellos, que genera la LIG y su DR, da cabal cuenta de lo afirmado.

Un régimen no es autosuficiente cuando en sí y por sí mismo no basta para cumplir su función: establecer las reglas de juego de manera, lo más clara, inequívoca y contundente posible. En pocas palabras, no es autosuficiente porque necesita ser complementado, por el enorme volumen de dudas que genera, por medio de la jurisprudencia, en especial, la que clarifica y marca el camino: la emana del Máximo Tribunal de la Nación. El fallo dictado *in re* “Grupo Posadas” es fiel reflejo de ello. ●

Cita online: AR/DOC/1739/2016

{ NOTAS }

(5) Llama la atención la postura de la AFIP si se tiene en cuenta que en otra ocasión sostuvo la necesidad de verificar la efectiva realización de actividades al margen de las menciones estatutarias de una SA. Al respecto consideró que “lo que se debe verificar es la efectiva realización de tales actividades como lo establece la norma tributaria, más allá del cumplimiento de las formalidades establecidas por las normas societarias y

la inscripción de la actividad en la AFIP, cuestiones que no impidieron que el desarrollo de la actividad se lleve a cabo, y que deben ser fiscalizadas por el Organismo de contralor correspondiente”. Dictamen 64/2008 —25/9/2008—.

(6) Cfr. CS, 2/3/2011, “Frigorífico Paladini SA”, LA LEY, 2011-E, 426 - LA LEY Online: AR/JUR/6981/2011.

(7) Cfr. DI CHIAZZA, Iván G., “Reorganización Libre de Impuestos ¿Cuáles son las reglas de juego vigentes?”, PET N° 505, 05/2013.

(8) Así lo dispone el art. 105, DR, al referirse a las “sociedades” y cuando prevé que “para que la reorganización de que trata este artículo tenga los efectos impositivos previstos, deberán cumplimentarse los requisitos de publicidad e inscripción establecidos en

la ley 19.550 de sociedades comerciales y sus modificatorias”.

(9) Como ha dicho la AFIP, “no resulta admisible que una reorganización encuadre en forma simultánea en dos incisos, toda vez que los mismos son taxativos y excluyentes entre sí”. Dictamen N° 1/2011 - 13/04/2011.

Voluntad procreacional

Nacimiento por técnicas de reproducción asistida. Inscripción del niño con dos madres. Sanción sobreviniente del Código Civil y Comercial. Cuestión abstracta. Identidad del individuo. Compromiso estatal de preservar el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción asistida a conocer su origen biológico. Datos registrales

Hechos: Dos mujeres solicitaron una orden de inscripción de la doble filiación ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires de un niño, engendrado mediante técnicas de reproducción asistida. El juez de familia desestimó la acción promovida. La Cámara declaró la nulidad de la sentencia impugnada y de los demás actos subsiguientes y dispuso la devolución de las actuaciones a la instancia de origen a fin de que se procediera a la designación de un tutor especial ad litem. Las reclamantes dedujeron recurso de inaplicabilidad de ley. La Suprema Corte de Buenos Aires declaró abstracta la cuestión tras la sanción del Código Civil y Comercial.

- 1.- La cuestión relativa a la inscripción de la filiación de un niño nacido por técnicas de reproducción asistida a solicitud de dos mujeres se ha tornado abstracta, a raíz de la sanción del Código Civil y Comercial, norma que dispuso, entre las reglas transitorias de aplicación, que los nacidos, antes de su entrada en vigencia, por estos tratamientos, son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido.
- 2.- Si bien la identidad del individuo posee diversas dimensiones —estática, dinámica y cultural—, el origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, de modo que el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o innominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (del voto del Dr. Pettigiani).
- 3.- Dado que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida constituye una de las nuevas fuentes de filiación previstas en la ley, a través de la cual los nacidos son hijos de quien dio a luz y de la persona que prestó su previo, informado y libre consentimiento con el empleo de tales técnicas, independientemente de quién haya aportado el material genético, resulta necesario compatibilizar los distintos intereses a través de un adecuado compromiso dirigido a preservar el derecho del niño a conocer su origen biológico y ante la eventualidad de que oportunamente solicite la información que prevé el art. 564 del Cód. Civ. y Com. (del voto del Dr. Pettigiani).
- 4.- En virtud del compromiso estatal dirigido a preservar el derecho del niño nacido por técnicas de reproducción asistida a conocer su origen biológico y la eventualidad de que este solicite la información que prevé el art. 564 del Cód. Civ. y Com., corresponde disponer una medida complementaria tendiente a la obtención de la información genética del laboratorio y banco privado, de modo que ésta pueda ser almacenada en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como mecanismo que garantice su disponibilidad en el tiempo (del voto del Dr. Pettigiani).

5.- Si bien no es necesario judicializar la determinación filial porque la presencia de derechos sexuales y reproductivos se concreta con el acceso de una pareja de hecho, en el caso, compuesta por dos mujeres, a procrear y usar los adelantos científicos, este tipo filial amerita una regulación específica en torno al modo de inscripción y reconocimiento filial, es por ello que corresponde cumplimentar en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas el consentimiento de la otra madre que no figura en el acta (del voto del Dr. De Lázari).

119.255 — SCBA, 06/04/2016. - B., M. y otros s/filiación.

[Cita online: AR/JUR/13312/2016]

COSTAS

En el orden causado.

La Plata, abril 6 de 2016.

¿Es fundado el recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley?

La doctora Kogan dijo:

1. El Juzgado de Familia n° 3 del Departamento Judicial de La Plata desestimó la acción promovida por M. B. y A.G., ambas por sus respectivos derechos e invocando la representación del menor F., dirigida a obtener, en sede judicial, una orden de inscripción ante el Registro de las Personas de la Provincia de Buenos Aires del menor con doble filiación, bajo en el nombre de F. B.G.. Asimismo, rechazó el planteo de inconstitucionalidad de los arts. 250 del Cód. Civil y 45 de la ley 26.413 también formulado por las actoras (fs. 181/186).

A su turno —y como fuera reseñado— la Sala I de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial departamental, por mayoría, declaró la nulidad de la sentencia impugnada y de los demás actos subsiguientes y dispuso la devolución de las actuaciones a la instancia de origen a fin de que, luego de una nueva radicación ante otro juzgado de Familia, se procediera a la designación de un tutor especial ad litem respecto del menor F., nombramiento que recaería en el Defensor Oficial que a tal fin resultase sorteado, quien debería expedirse sobre la demanda planteada, dictándose nueva sentencia por el magistrado competente (fs. 216/228 vta.).

2. Contra dicho fallo, las reclamantes dedujeron recurso extraordinario de inaplicabilidad de ley en el que denuncian la errónea interpretación de los arts. 12.2 de la Convención sobre los Derechos del Niño; 27 inc. “c” de la ley 26.061 y 397 del Cód. Civil (fs. 233/247 vta.).

Sostienen que el niño F. no se puede ver afectado por el reconocimiento de su madre (A.G.), ya que ésta solo está cumpliendo con su deber de progenitora de darle la correcta filiación (arts. 7, C.D.N. y 944, Cód. Civil) y no se requiere la voluntad del reconocido (arts. 249 y 946, Cód. Civil).

Relatan que la demanda se ha iniciado por que el Poder Ejecutivo provincial, a través del Registro de las Personas, no procedió a inscribir al niño con la doble filiación requerida y que por tal motivo se vieron forzadas a peticionar ante las autoridades judiciales a fin de que no se vulneraran los derechos tanto de F. como de sus progenitoras. En tal sentido postulan que el reconocimiento no depende de una actividad jurisdiccional en la que deba ser oído el niño, siendo discriminatorio el motivo por el cual se rechazó la inscripción (fs. 241).

Plantean que la figura del letrado defensor del niño no es procedente en el caso de autos

dado que no existe conflicto de intereses entre lo peticionado y los derechos de F., entendiéndolo así también la Asesora de Incapaces en todas las ocasiones en las que se le confirió vista de las actuaciones (fs. 241 vta.).

Consideran que la alzada ha aplicado con desacierto el art. 397 inc. 1 del Cód. Civil al omitir mencionar cuál era el conflicto de intereses que se advertía en el caso, limitándose a consignar que “los intereses del niño podrían hipotéticamente estar en oposición con los de sus representantes”, cuando el legislador expresamente estableció como requisito para la designación del tutor especial la existencia del conflicto y no una mera posibilidad (fs. 242).

Aducen que el temperamento de la Cámara las obliga a retrotraer todo el proceso, condenando a F. a vivir varios años más privado de su identidad (fs. 243).

Citan en sustento de su postura la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el precedente “Atala Rizzo vs. Chile”, pronunciada el 24 de diciembre de 2012 en cuanto estableció que la Convención Americana prohíbe todo acto, norma o práctica discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas (fs. 243/vta.).

En suma, solicitan que se haga lugar al recurso deducido emitiéndose un pronunciamiento sobre el fondo de la cuestión planteada, declarando la inconstitucionalidad de los arts. 45 de la ley 26.413; 250 del Cód. Civil; 67 de la ley 14.078 y/o de cualquier otra norma de rango inferior que imposibilite la inscripción de F. como hijo de las accionantes, por ser contrarias a los principios generales del derecho, a la Constitución nacional, a su par provincial y a la Convención sobre los Derechos del Niño (fs. 246/vta.).

3. Encontrándose la causa a estudio de este Tribunal, el 1 de agosto de 2015 entró en vigencia el Cód. Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994, norma esta última que dispuso, entre las reglas transitorias de aplicación del nuevo cuerpo normativo la siguiente:

“Los nacidos antes de la entrada en vigencia del Cód. Civil y Comercial de la Nación por técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre a la realización del procedimiento que dio origen al nacido, debiéndose completar el acta de nacimiento por ante el Registro Civil y Capacidad de las Personas cuando sólo constara vínculo filial con quien dio a luz y siempre con el consentimiento de la otra madre o del padre que no figura en dicha acta” (art. 9°, ley 26.994. Corresponde al Capítulo 2 del Título V del Libro Segundo del Cód. Civil y Comercial de la Nación).

Así, toda vez que dicha modificación legislativa viene a regular la cuestión que se ventila en autos, ello importa la desaparición del conflicto sustanciado en las presentes actuaciones. Por lo tanto, la cuestión debatida se ha tornado abstracta, finalizando de tal modo la controversia y con ello el objeto de este proceso (art. 163 inc. 6, segundo apartado, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Las costas de todas las instancias habrán de imponerse en el orden causado, en atención a las señaladas circunstancias. Así lo voto.

El doctor Negri, por los mismos fundamentos de la doctora Kogan, votó también en el mismo sentido.

El doctor Pettigiani dijo:

I. Comparto los fundamentos del voto de la doctora Kogan relativos al sobreviniente carácter abstracto que ha adquirido la cuestión debatida atento a lo previsto por el art. 9 de la ley 26.994 (norma transitoria tercera).

II. No obstante ello, la posible aplicación de tal regla de modo coherente con todo el orde-

namiento jurídico argentino exige su interpretación integrativa a la luz del concreto superior interés del menor F., consistente en la preservación de la información sobre su origen biológico (arts. 1, 14 bis, 18, 19, 31, 33, 75 incs. 22 y 23, y concs., Const. nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 18, 41, 44 y concs., Convención sobre los Derechos del Niño [“CDN”]; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, 16, 29 y concs., Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 17, 18, 19, 32 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16, 23, 24, 26 y concs., Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs., Pacto Internacional por los derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 11, 12, 15, 36 y concs., Const. provincial; 1, 2, 558, 563, 564, 579, 580, 583, 595 inc. “e”, 596, 706, 709, 710 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 2, 3, 5, II y concs. ley 26.061; 1, 4, 5, 6 y concs., ley 13.298).

1. En efecto, el artículo 3, párrafo 1, de la C.D.N. otorga al niño el derecho a que se considere y tenga en cuenta de manera primordial su interés superior en todas las medidas o decisiones que le afecten, tanto en la esfera pública como en la privada.

Establecido como uno de sus valores fundamentales, el Comité de los Derechos del Niño ha determinado que el art. 3, párrafo 1, enuncia uno de sus cuatro principios generales en lo que respecta a la interpretación y aplicación de todos los derechos del niño: el interés superior del niño se aplicará a todos los asuntos relacionados con el niño y se tendrá en cuenta para resolver cualquier posible conflicto entre los derechos consagrados en la Convención o en otros tratados de derechos humanos (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14 [2013] sobre el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial, párr. 33).

Subraya que dicho interés superior debe ser entendido como un concepto triple: Por un lado, (i) un derecho sustantivo, consistente en que sea una consideración primordial que se evalúe y tenga en cuenta al sopesar distintos intereses para tomar una decisión sobre una cuestión debatida, y la garantía de que ese derecho se pondrá en práctica siempre que se tenga que adoptar una decisión que afecte a un niño. Por otro lado, (ii) un principio jurídico interpretativo fundamental (si una disposición jurídica admite más de una interpretación, se elegirá la que satisfaga de manera más efectiva el interés superior del niño). Y finalmente, (iii) una norma de procedimiento, en tanto siempre que se tenga que tomar una decisión que afecte a un niño en concreto, el proceso de adopción de decisiones deberá incluir una estimación de las posibles repercusiones (positivas o negativas) de la decisión en el niño, así como la justificación de las decisiones debe dejar patente que se ha tenido en cuenta explícitamente ese derecho (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 6).

El objetivo del concepto “interés superior del niño” es garantizar el disfrute pleno y efectivo de todos los derechos reconocidos por la C.D.N. y el desarrollo holístico del niño, abarcativo de su aspecto físico, mental, espiritual, moral, psicológico y social (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 5 [2003] sobre medidas generales de aplicación de la Convención sobre los Derechos del Niño, párr. 12; Observación General N° 12 [2009] sobre el Derecho del niño a ser escuchado, párr. 2; y Observación General N° 14, cit., párr. 4).

Ahora bien, en la práctica la apreciación del interés superior del niño es una cuestión compleja y su contenido debe determinarse caso por caso. De este modo, puede definirse al “interés del menor” 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, ya que no es concebible un

interés del menor puramente abstracto, por lo que debe quedar excluida toda consideración dogmática para atender exclusivamente a las circunstancias particulares que presenta cada caso (Ac. 63.120, sent. del 31/03/1998; Ac. 73.814, sent. del 27/09/2000; Ac. 79.931, sent. del 22/10/2003), máxime cuando en materia de menores todo está signado por la provisoriedad, en tanto 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 (Ac. 66.519, sent. del 26/10/1999; Ac. 71.303, sent. del 12/04/2000; Ac. 78.726, sent. del 19/02/2002).

Así, la evaluación del interés superior del niño es una actividad singular que debe realizarse teniendo en cuenta las circunstancias concretas de cada niño o grupo de niños. Esas circunstancias se refieren a las características específicas del niño o los niños de que se trate, como su edad, su sexo, su grado de madurez, su opinión, su experiencia, su pertenencia a un grupo minoritario, la existencia de una discapacidad física, sensorial o intelectual y el contexto social y cultural del niño o los niños, por ejemplo, la presencia o ausencia de los padres, el hecho de que el niño viva o no con ellos, la calidad de la relación entre el niño y su familia o sus cuidadores, su entorno en relación con la seguridad y la existencia de medios alternativos de calidad a disposición de la familia, la familia ampliada o los cuidadores, entre otras (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 48).

Al evaluar y determinar el interés superior de un niño debe tenerse en cuenta la obligación del Estado de asegurarles la protección y el cuidado que sean necesarios para su bienestar. Los términos “protección” y “cuidado” también deben interpretarse en un sentido amplio, ya que su objetivo no se expresa con una fórmula limitada o negativa, sino en relación con el ideal amplio de garantizar el “bienestar” y el desarrollo del niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 71). El bienestar del niño, en un sentido amplio, abarca sus necesidades materiales, físicas, educativas, culturales, espirituales y emocionales básicas, así como su necesidad de afecto, seguridad, pertenencia, estabilidad y proyección.

Se ha dicho que deben tenerse en cuenta, al evaluar y determinar el interés superior del niño, en la medida en que sean pertinentes para la situación de que se trate, (i) la opinión del menor, (ii) su identidad, (iii) la preservación del entorno familiar y mantenimiento de sus relaciones, (iv) el cuidado, protección y seguridad del niño, (v) su situación de vulnerabilidad, (vi) su derecho a la salud y a la educación (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 52).

Por demás, la consideración del interés superior del niño como algo “primordial” requiere tomar conciencia de la importancia que deben tener sus intereses en todas las medidas y tener la voluntad de dar prioridad a esos intereses en todas las circunstancias, pero sobre todo cuando las medidas tengan efectos indiscutibles en los niños de que se trate (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 40).

Los posibles conflictos entre el interés superior de un niño, desde un punto de vista individual, y los de un grupo de niños o los de los niños en general tienen que resolverse caso por caso, sopesando cuidadosamente los intereses de todas las partes y encontrando un compromiso adecuado. Lo mismo debe hacerse si entran en conflicto con el interés superior del niño los derechos de otras personas. Si no es posible armonizarlos, las autoridades y los responsables de la toma de decisiones habrán de analizar y sopesar los derechos de todos los interesados, teniendo en cuenta que el derecho del niño a que su interés superior sea una consideración primordial significa que los intere-

ses del niño tienen máxima prioridad y no son una de tantas consideraciones. Por tanto, se debe conceder más importancia a lo que sea mejor para el niño (conf. Comité de los Derechos del Niño, Observación General N° 14, cit., párr. 39).

Es que en este aspecto, el principio favor minoris, con expresa recepción en los arts. 3 y 5 de la ley 26.061, conforme al cual, ante la posible colisión o conflicto entre los derechos e intereses de los menores, en oposición a otros derechos e intereses igualmente legítimos, han de prevalecer los primeros, adquiere una mayor preponderancia objetiva, en tanto el principio de precaución exige valorar primordialmente los riesgos, daños futuros y otras consecuencias de la decisión, en la seguridad de los niños.

2. Por otro lado, el Estado nacional, y en el mismo sentido los estados provinciales, han asumido el deber social de garantizar el emplazamiento filiatorio de los habitantes de esta Nación, derivándose consecuentemente el deber de los poderes públicos de investigar los lazos filiatorios cuando éstos son desconocidos, facilitando y colaborando en la búsqueda, localización u obtención de información tendiente a su descubrimiento (arg. arts. 1, 14 bis, 33, 75 inc. 22 y 23, y concs., Const. nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 18, 41, 44 y concs., C.D.N.; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, 16, 29 y concs., Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 17, 18, 19, 32 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16, 23, 24, 26 y concs., Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs., Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 12, 15, 36 y concs., Const. provincial; 579, 580, 583, 709, 710 y concs., Cód. Civ. y Com.; arts. 1, 2, 3, 5, 11 y concs., ley 26.061; etc.).

Del mismo modo, si bien la identidad del individuo posee diversas dimensiones (estática, dinámica y cultural), cierto es que el origen es un punto de partida, principio, raíz y causa de una persona, de modo que el derecho de toda persona a identificarse en su unidad y personalidad es una prerrogativa que nace de la propia naturaleza del hombre, comienza por la concreta posibilidad de conocer su origen, a partir del cual edificará su individualidad, y halla amparo en las garantías implícitas o inominadas previstas en el art. 33 de la Carta Magna, así como en numerosos instrumentos internacionales con jerarquía constitucional (arts. 75 incs. 22 y 23, Constitución nacional; 7 y 8, C.D.N.; XVII, Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3 y 19, Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16 y 24, Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10.3, Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales); también en nuestra Constitución provincial (art. 12.2), y en las leyes de fondo que reglamentan su ejercicio (arts. 564, 579, 580, 583, 596 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 2, 3, 5, 11 y concs., ley 26.061). En tal sentido, la persona posee el derecho de conocer la verdad sobre su origen y quiénes en realidad son sus progenitores.

A su vez, al juez le es permitido, en cumplimiento de la función estatal encomendada, llevar adelante las medidas jurisdiccionales necesarias para obtener la verdad real en el emplazamiento filiatorio de los individuos (arts. 579, 580, 596 y concs., Cód. Civ. y Com.), de modo que éste no constituya el resultado de una ficción que deje subyacente la duda; situación que ética y psicológicamente no ha de ser lo mismo para el sujeto, que cuando consigue una verificación de su identidad biológica con altísimo grado de verosimilitud. Elementos como la duda, la presunción, la incerteza, la ficción, ciertamente no es posible afirmar que contribuyan a afianzar el principio de igualdad de filiaciones (art. 558, Cód. Civ. y Com.), el

que no pasaría en estos casos de ser una mera declaración ritual (en el mismo sentido, *mutatis mutandi*, mis votos en Ac. 85.363, sent. del 27/08/2008; C. 96.140, sent. del 17/06/2009; C. 96.106, sent. del 28/10/2009; C. 97.651, sent. del 16/12/2009; C. 97.491, sent. del 23/12/2009; entre otros).

3. En este contexto, dado que la filiación por técnicas de reproducción humana asistida constituye una de las nuevas fuentes de filiación previstas en la ley, a través de la cual los nacidos son hijos de quien dio a luz y de la persona que prestó su previo, informado y libre consentimiento con el empleo de tales técnicas, independientemente de quien haya aportado el material genético, resulta necesario compatibilizar los distintos intereses a través de un adecuado compromiso dirigido a preservar el derecho de F. a conocer su origen biológico y ante la eventualidad de que oportunamente solicite la información que prevé el art. 564 del Cód. Civil y Comercial.

A tal fin, en ejercicio de potestades inherentes a esta magistratura, corresponde disponer una medida complementaria acorde con la naturaleza de los derechos involucrados, tendiente a la obtención de dicha información del laboratorio y banco privado CRYO BANK (fs. 10 y sigtes.), de modo que la misma pueda ser almacenada en el Registro de Estado Civil y Capacidad de las Personas, como mecanismo que garantice su disponibilidad en el tiempo (arts. 1, 14 bis, 18, 19, 31, 33, 75 incs. 22 y 23 y concs., Const. nacional; 2, 3, 4, 5, 7, 8, 18, 41, 44 y concs., C.D.N.; XVII, XVIII, XXIX, XXX y concs., Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 6, 16, 29 y concs., Declaración Universal de los Derechos Humanos; 3, 17, 18, 19, 32 y concs., Convención Americana sobre Derechos Humanos; 16, 23, 24, 26 y concs., Pacto Internacional por los Derechos Civiles y Políticos; 10 y concs., Pacto Internacional por los Derechos Económicos, Sociales y Culturales; 1, 11, 12, 15, 36 y concs., Const. provincial; 1, 2, 558, 563, 564, 579, 580, 583, 595 inc. “e”, 596, 706, 709, 710 y concs., Cód. Civ. y Com.; 1, 2, 3, 5, 11 y concs., ley 26.061; 1, 4, 5, 6 y concs., ley 13.298; 34 incs. 4 y 5; 36 incs. 2 y 5, 163 incs. 5 y 6, 272 y concs., Cód. Proc. Civ. y Comercial; etc.). Así lo voto.

El doctor *de Lázzari* dijo:

1. Comparto el voto de la doctora *Kogan*, mas agrego la siguiente consideración.

En razón de que la fuente filiación por medio de las técnicas de reproducción humana asistida en el Código de Vélez no estaba regulada y que era necesario adecuar la legislación con reglas particulares a esta nueva fuente legal con fundamento en el principio de la voluntad procreacional, es que he puesto especial interés en constatar si el vínculo filial con M. está originado en que ella dio a luz a F. por medio de técnicas de reproducción humana asistida acompañada por A., y que ambas han cumplido con el otorgamiento del consentimiento informado y libre de asumir la comaternidad en un centro de salud con carácter previo al nacimiento —v. fs. 44, 169 a 171 y 176—. El cumplimiento de este recaudo tiene la importancia de evitar modalidades que vehiculen el tráfico de niños a través de la sola mención, al acercarse al Registro de las Personas, de decir que el niño ha nacido de estas técnicas (conf. *Kemelmajer de Carlucci* y su remisión a los arts. 560 a 562 del nuevo Código, “La aplicación del Cód. Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, *Rubinzal-Culzoni*, Santa Fe, 2015, p. 143).

De allí que, pese a entender que no es necesario judicializar la determinación filial porque la presencia de derechos sexuales y reproductivos se concretan con el acceso de una pareja de hecho a procrear y usar de los adelantos de la ciencia (arts. 17 y 24, C.A.D.H.; 16 inc. 3 y 22, D.H.D.H.; 10.1, P.I.D.E.S. y C.; 23.1, P.D.C.

y P.; art. 16.1 de la C.E.D.A.W.; 5, 9, 18 párr. de C.D. Niño; 14 bis, 16, 75 inc. 22 y 23, Const. nac.; “*Fornerón e hija c. Argentina*”, 27 de abril de 2012, acápites 98 y 99; Observación General N° 19 del Comité de Derechos Humanos, acápites 154; ley 26.743, C. 97.295, sent. del 21/03/2012), también adquiere relevancia que este tipo filial amerita una regulación específica en torno al modo de inscripción y reconocimiento filial (v. *Herrera, Marisa, Pellegrini, María Victoria*, Rol de los registros civiles en las relaciones de familia. Impacto del nuevo Cód. Civil, en LA LEY 06/05/2015). Es por ello que comparto que cabe cumplimentar en el Registro Civil y Capacidad de las Personas el consentimiento de la otra madre que no figura en el acta tal como ha expresado el voto que abre el acuerdo (arts. 7 y 8 de la Convención de los Derechos del Niño; 11 de la ley 26.061; arg. cláusula tercera de la disposición transitoria del art. 9 de la ley 26.994).

Voto por la afirmativa.

Con lo que terminó el acuerdo, dictándose la siguiente sentencia: Por lo expuesto en el acuerdo que antecede, oído el señor Subprocurador General, se declara abstracta la cuestión debatida y finalizada la controversia y el objeto de este proceso (art. 163 inc. 6, segundo apartado, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Las costas de todas las instancias habrán de imponerse en el orden causado, en atención a las señaladas circunstancias (art. 68, 2da. parte, Cód. cit.). Dado el modo en que resuelve, el depósito previo de \$29.000, efectuado a fs. 252, se restituirá a las interesadas. Notifíquese y devuélvase. — *Héctor Negri*. — *Hilda Kogan*. — *Eduardo J. Pettigiani*. — *Eduardo N. De Lázzari*.

Redargución de falsedad

Venta a non domino de un automotor. Acción entablada por el titular registral contra el escribano y el tercer adquirente. Utilización de un poder falso de administración y disposición. Redargución de falsedad, nulidad de acto jurídico y daños. Efectos relativos y personales de la suspensión de los plazos de prescripción por deducción de querrela criminal. Efectos. Recepción del instituto en el Código Civil y Comercial.

Hechos: En un supuesto de venta a non domino de un automotor con un poder falso de administración y disposición su titular registral dedujo juicio de redargución de falsedad, nulidad de acto jurídico y daños contra el escribano otorgante y contra el tercer adquirente. La sentencia admitió parcialmente la acción contra el primero. La Cámara revocó el decisorio por entender que había operado el plazo de prescripción.

1.- Si, de acuerdo con el art. 2537 del Cód. Civ. y Com., cuando los plazos aún no vencieron al momento de su entrada en vigencia la prescripción debe regirse por la ley anterior, con mayor razón este temperamento se impone cuando se trata de juzgar plazos presuntamente cumplidos a esa fecha.

2.- El Código Civil y Comercial —arts. 2532 y ss.— es inaplicable para juzgar la prescripción y la posible configuración de la suspensión por querrela criminal, en tanto no estaba vigente al momento en que se consumaron los hechos que dieron origen al pleito.

VIENE DE PÁGINA 9

- 3.- Los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción por la deducción de la querrela penal no se extienden a aquellos que fueron demandados en el juicio civil pero que no fueron parte en el proceso penal —en el caso, respecto de un escribano otorgante de un poder falso de administración y disposición en un supuesto de venta *a non domino*—, aun frente a obligados en forma solidaria o concurrente.
- 4.- La excepción de prescripción opuesta por el escribano codemandado por redargución de falsedad, nulidad de acto jurídico y daños en un supuesto de venta *a non domino* de un automotor debe admitirse, pues, aun cuando se considere que el plazo se encontraba suspendido y se reanudó a partir de la fecha en que se ordenó el archivo de las actuaciones penales —en las que no fue parte el notario—, igualmente la acción se encontraría prescripta por transcurso del plazo bianual previsto en el art. 4037, Cód. Civil.

119.256 — CNCiv., sala L, 03/02/2016. - Virgilio, Héctor L. y otro c. Gojchgelerint, Abraham y otro s/redargución de falsedad.

[Cita online: AR/JUR/4322/2016]

COSTAS

Por su orden.

2ª Instancia.- Buenos Aires, febrero 3 de 2016.

La doctora *Iturbide* dijo:

I. Contra la sentencia dictada a fs. 346/357 en la que la Sra. Jueza de primera instancia desestimó la excepción de prescripción opuesta por el escribano demandado y admitió la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta por Automotores San Jorge S.A. y Alejandro Miguel Nadur y admitió la acción iniciada por Héctor Luis Virgilio y Ana Cecilia Manzella, declarando la nulidad del poder otorgado mediante escritura n° 8 de fecha 16 de enero de 2003, Actuación Notarial GAA06252755 pasada ante el Registro Notarial n° 800 del escribano A. G., sin que la nulidad signifique un cambio del rodado Mercedes Benz, modelo Sprinter 310D/F3550, dominio..., que permanecerá en cabeza de Automóviles San Jorge S.A. y condenó al escribano y a su compañía aseguradora La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. a pagar a los actores la suma de \$ 50.000 y el valor real del rodado que se determinaría en la etapa de ejecución de sentencia, con más intereses que se calcularían a la tasa pasiva a contar desde la querrela hasta la fecha de la sentencia y de ahí en más, hasta el efectivo pago a la tasa activa, expresaron agravios los actores a fs. 387/388, Automotores San Jorge S.A. y Nadur a fs. 390 y los herederos del escribano demandado y la compañía aseguradora a fs. 392/399. Corridos los pertinentes traslados, a fs. 406/409 fueron respondidos los agravios de Automotores San Jorge S.A. y los del codemandado Nadur y a fs. 401/404 y 406/409 los de los herederos del escribano y su compañía aseguradora, por lo que las actuaciones quedaron en condiciones de dictar la sentencia definitiva.

II. Explicaron los actores que el día 16 de enero de 2003, el Sr. V. firmó un contrato de locación con Inversiones del Atlántico S.A., mediante el cual dio en locación el rodado Mercedes Benz, modelo Sprinter de su propiedad para ser utilizado en eventos publicitarios en la Costa Atlántica. Agregaron que fueron víctimas de una estafa pues dicha compañía resultó ser un fraude y quien se hiciera pasar por Hugo Alberto Besada averiguó sus datos filiatorios y los del vehículo para cometer el fraude por el

cual lo desapoderaron del vehículo y lo enajenaron, mediante la utilización de un poder con datos y firmas falsas otorgado ante el escribano demandado. En efecto, aclararon que como la camioneta poseía un radar, fue localizada en la agencia Automotores San Jorge S.A., con fecha 27 de febrero de 2003, donde manifestaron haber comprado el vehículo al contado, a una persona que se presentó como mandatario del titular. Frente a esta situación, radicaron la denuncia en la Comisaría nro. 34 y se dio intervención al Juzgado de Instrucción en lo Criminal de Primera Instancia nro. 21. Sec. 165. Allí pudieron enterarse que la camioneta había sido vendida por uno de los integrantes de una banda de estafadores, con el nombre falso de Hugo Alberto Besada, mediante la utilización de un poder de administración y disposición falso otorgado por el escribano demandado. Por estos motivos, iniciaron este juicio de redargución de falsedad, nulidad absoluta y total e inexistencia de acto jurídico respecto del poder otorgado por el escribano y del boleto de compraventa y transferencia del automotor Mercedes Benz Sprinter. Asimismo reclamaron resarcimiento por daños y perjuicios.

III. La magistrada de la instancia anterior desestimó la excepción de prescripción opuesta por el escribano demandado y declaró la nulidad del poder otorgado por el escribano, pero no condenó a la empresa Automotores San Jorge a reintegrar el rodado, pues resultó ser un adquirente de buena fe y a título oneroso. Por ello, ordenó que el resarcimiento consista en un monto equivalente al valor real de una camioneta de las mismas características, con seis años de antigüedad y en perfecto estado de conservación, cifra que debería ser determinada en la etapa de ejecución de sentencia. A su vez, otorgó la suma de \$ 50.000 en concepto de privación de uso.

IV.- Los actores cuestionaron la desestimación de la indemnización solicitada en concepto de daño moral. Automotores San Jorge y el codemandado Nadur apelaron la decisión sobre las costas y los herederos del escribano demandado y la aseguradora objetaron el rechazo de la excepción de prescripción, la responsabilidad atribuida, la decisión sobre la condena a pagar el valor del rodado y \$ 50.000 por “daño moral” (aunque en rigor de verdad ese monto fue concedido en concepto de “privación de uso”). Asimismo, apelaron el hecho de que se anexarían intereses al monto de condena, pues los actores no lo requirieron en el escrito inicial.

V. En primer lugar, y por una razón de orden lógico, analizaré las quejas de los herederos del escribano demandado y su compañía aseguradora vinculados con la desestimación de la excepción de prescripción.

Sostienen los apelantes que debe aplicarse al caso el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación, que eliminó la causal de suspensión de la prescripción por querrela criminal y se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas existentes según las directivas impuestas por el artículo 7. Sin perjuicio de ello, y para el caso de que no fuera aceptada dicha postura, entienden que no deben extenderse los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción a quienes no fueron parte en el proceso penal, como ocurre en el caso con el escribano Gojchgelerint. Fundan su queja en lo previsto por los artículos 3981 y 3982 bis del Cód. Civil y el fallo plenario dictado por esta Cámara Civil “Maciel, Marcos c. Barry, Federico y otros s/ daños y perjuicios”, de fecha 18 de febrero de 2004.

Así sintetizados los agravios, cabe advertir que de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 1° de la ley 27.077 (B.O. n° 33.34 del 19/12/2014), que modificó el art. 7 de la ley 26.994, el Cód. Civil y Comercial de la Nación aprobado por esta última, que fuera promulgada por decreto 1795/2014 (B.O. n° 32.985 del 08/10/2014), ha entrado en vigencia el 1 de agosto pasado por lo que, ante la vigencia de normas sucesivas en el tiempo, resulta necesario determinar los

alcances del nuevo texto legal en el presente caso. Al respecto el nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: “A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. La leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo”.

Como se aprecia, en materia de derecho intertemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio “aún”, el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Cód. Civil, según reforma de la ley 17.711.

Lo que cabe definir, entonces, es si la relación jurídica habida entre las partes debe juzgarse bajo las normas del derogado Código de Vélez Sarsfield o según el texto del nuevo Cód. Civil y Comercial de la Nación que fue sancionado mediante la ley 26.994 y se encuentra actualmente en vigencia.

Encontrar una respuesta en orden a cuál es la norma aplicable no resulta sencillo pues uno de los problemas más complejos y conflictivos del Derecho es el relativo a los efectos de la ley en relación al tiempo. Probablemente en este terreno más que en cualquier otro entran en pugna los dos principios esenciales del Derecho, concebido como orden justo: la seguridad y la justicia. La seguridad está interesada en que se mantenga lo más posible la vigencia de los derechos nacidos al amparo de la vieja ley; la justicia está pidiendo una aplicación lo más extensa posible de la nueva ley que, por ser tal, se presume más justa (Iturbide, Gabriela y Pereira, Manuel J., “Efectos de aplicación de ley en el tiempo con relación a los derechos reales y a los privilegios”, Revista Cód. Civil y Comercial, Año 1, Número 1, Julio 2015, Editorial LA LEY, pág. 30).

Ahora bien, en concreto, el artículo 7 del Cód. Civil y Comercial de la Nación prescribe:

a) la inaplicabilidad de la nueva ley a las relaciones y situaciones anteriores a su vigencia;

b) la acción, alcance o efecto de las leyes que sucede en forma inmediata, sin tardanza o sin que medie tiempo alguno, para aplicarse a las derivaciones de las relaciones y situaciones jurídicas anteriores;

c) la viabilidad de una norma que —en contra del principio general— establezca la retroactividad;

d) la existencia de un límite a esa retroactividad fijado en la afectación a derechos resguardados por garantías constitucionales;

e) la aplicabilidad a los contratos en curso de ejecución de las leyes supletorias posteriores a la contratación si son más favorables al consumidor en una relación de consumo (Highton, E., “Titulo Preliminar del Cód. Civil y Comercial. Principios generales del derecho argentino”, artículo elaborado para la Revista de Derecho Privado y Comunitario, Rubinzal Culzoni Editores, difundido el día 7 de abril de 2015 en la presentación del nuevo Código organizada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en la que disertaron los Dres. Lorenzetti y Highton).

Centrándome en el caso concreto, cabe señalar que en materia de prescripción el art. 2537 del Cód. Civil y Comercial prevé que:

“Los plazos de prescripción en curso al momento de entrada en vigencia de una nueva ley se rigen por la ley anterior.

Sin embargo, si por esa ley se requiere mayor tiempo que el que fijan las nuevas, quedan cumplidos una vez que transcurra el tiempo designado por las nuevas leyes, contado desde el día de su vigencia, excepto que el plazo fijado por la ley antigua finalice antes que el nuevo plazo contado a partir de la vigencia de la nueva ley, en cuyo caso se mantiene el de la ley anterior”.

Sobre la base de esta norma y de lo dispuesto por el art. 7 del nuevo texto legal, cabe concluir que en este caso para juzgar la prescripción y la posible configuración de la suspensión por querrela criminal no deben aplicarse los principios consagrados por el Cód. Civil y Comercial en los art. 2532 y siguientes, sino las normas del Cód. Civil, pues aquellas eran las que estaban vigentes al momento en que se consumaron los hechos que dieron origen a este pleito.

Dicho en otros términos, si de acuerdo con el artículo 2537 del nuevo ordenamiento iusprivatista cuando los plazos aún no vencieron al momento de su entrada en vigencia la prescripción debe regirse por la ley anterior, con mayor razón este temperamento se impone cuando se trata de juzgar plazos presuntamente cumplidos al momento de entrada en vigencia del nuevo régimen legal.

IV. Sentado lo expuesto respecto del marco normativo aplicable al presente caso, corresponde señalar que la falla en la dación de fe de conocimiento por el escribano puede acarrear su responsabilidad civil. El caso más común es el de la sustitución de persona. Ejemplo de ello es la venta a non domino, como ocurre en el caso. El tercero que se ve desposeído puede demandar al notario, encuadrándose su responsabilidad en el campo extracontractual (conf. Armella, Cristina, en “Cód. Civil y normas complementarias”, en Bueres (dir.), Highton (coord.), T 2 C, Ed. Hammurabi, pág. 97).

De ello se sigue que el plazo de prescripción aplicable es el bianual previsto por el art. 4037 del Cód. Civil. En tal entendimiento, juzgo que asiste razón a los apelantes en tanto invocan que no debe extenderse al escribano Gojchgelerint la suspensión de los plazos de prescripción consagrada en el art. 3982 bis del Cód. Civil para el caso en que se hubiera deducido querrela criminal, pues el escribano no ha sido parte en la causa penal que se dedujo por el hecho delictivo por el que aquí se reclama.

En efecto, de la causa penal que en este acto tengo a la vista surge que, con posterioridad a la denuncia efectuada con fecha 27 de febrero de 2003, el coactor Virgilio solicitó a fs. 87/88, con fecha 4 de marzo de 2003, ser tenido como parte querellante, petición que fue aceptada a fs. 91 y el escribano sólo participó en dicha causa a fin de solicitar la restitución de la documentación que había sido secuestrada de la escribanía a su cargo (ver fs. 598). A fs. 660, con fecha 1 de abril de 2005, la causa penal fue archivada, decisión contra la cual el actor no planteó recurso alguno en los términos del art. 195 del Código Procesal Penal, por lo que debe razonablemente considerarse que con esa decisión culminó la mentada causa penal.

Así las cosas, y sin perjuicio de la sanción de la ley 26.853 que derogó el art. 303 del Cód. Procesal, comparto la doctrina que emana del fallo plenario dictado por esta Cámara Civil el 18 de febrero de 2004, en los autos “Maciel, Marcos c. Barry, Federico y otros s/ daños y perjuicios”, según la cual “No corresponde extender los efectos de la suspensión de los plazos de prescripción de la acción civil que establece el art. 3982 bis del Cód. Civil a todos los demandados a los que se les atribuye responsabilidad civil, aún a los que no fueron querrelados o no son susceptibles de serlo”.

En ese fallo, la mayoría sostuvo que: “La norma que motiva la interpretación de este plenario fue introducida en el Cód. Civil por la ley 17.711 pues éste no contenía disposición expresa que determinara cuál era la influencia de la querrela penal intentada por la víctima de un hecho ilícito sobre la acción civil.

Al respecto el art. 3982 bis del Cód. Civil dispone “Si la víctima de un acto ilícito hubiere deducido querrela criminal contra los responsables del hecho, su ejercicio suspende el término de la prescripción de la acción civil, aunque en sede penal no hubiere pedido el resarcimiento de los daños. Cesa la suspensión por terminación del proceso penal o desistimiento de la querrela”.

Para establecer cuales son los sujetos a los que se refiere la norma respecto del beneficio de la suspensión de la prescripción se debe considerar el principio sentado por el art. 3981 del Cód. Civil, el que no ha sido derogado ni modificado ante esta nueva causal incluida por la citada ley 17.711.

De acuerdo a lo regulado por este precepto legal el beneficio de la suspensión de la prescripción tiene efectos relativos y personales ya que “no puede ser invocado sino por las personas, o contra las personas, en perjuicio o a beneficio de las cuales ella está establecida, y no por sus co-interesados o contra sus co-interesados”.

Conforme se desprende entonces no corresponde extender los efectos de la suspensión de la prescripción por la deducción de la querrela penal a aquellos que fueron demandados en el juicio civil pero que no han sido parte en el proceso penal.

No es obstáculo a esta conclusión el distinto fundamento que dio lugar a las causales de suspensión que reguló el Cód. Civil de Vélez Sarsfield respecto de las incorporadas por la ley 17.711 en los arts. 3982 bis y 3986, 2° párrafo (con la modificación de la ley 17.940). Si bien aquéllas encontraron sustento en una inactividad justificada de la persona a la que podría oponerse la prescripción, inspirado en el precepto romano “agere non valenti non currit prescriptio” que el codificador menciona en la nota al art. 3980 del Cód. Civil (Boffi Boggero, Luis María “Tratado de las obligaciones”, t° 5, pág. 30 y ss., Ed. Astrea, 1981), las que como se advierte se relacionan con incapacidades de hecho o de derecho o con la administración del patrimonio por otra persona, ello no es suficiente para excluir la aplicación del principio consignado por el art. 3981 del Cód. Civil a las causales incluidas al amparo de otras razones legales como la que dispone el art. 3982 bis. del C.C. que se asienta en una actividad personal de quien deduce querrela penal o actúa como particular damnificado, según la participación que se le permita a la víctima en cada jurisdicción. Pues no obstante que el argumento de la imposibilidad material de accionar no ha sido prescindido por completo por el legislador, la base exclusiva del sistema reside en la voluntad legislativa. No existen otras causales de suspensión que las expresamente previstas en la ley y así concretamente fue expuesto en la nota al art. 3059 del Cód. Civil (Cazeaux, Pedro N.- Trigo Represas, op.cit., t° 2, pág. 541/542, 556/557).

De ahí que la enumeración de estas causales es taxativa, la suspensión constituye una excepción a la regla general que gobierna el instituto de la prescripción, según la cual su curso corre contra todas las personas, sin atención a su naturaleza y sin que influyan consideraciones de índole subjetiva. Por lo tanto, tal como se indicó anteriormente sólo se suspende el curso cuando la ley lo ha establecido de manera expresa, aspecto que determina una interpretación estricta. Consecuentemente la relatividad del beneficio hace que no pueda extenderse a otras personas o situaciones fuera de las contempladas en la ley (Bueres, Alberto J.- Mayo, Jorge “Aspectos

generales de la prescripción liberatoria”, Revista de Derecho Privado y Comunitario, n° 22, Editorial Rubinzal - Culzoni Editores, pág. 348/349).

En este contexto y en cuanto a los responsables del hecho a los que hace referencia el art. 3982 bis del Cód. Civil cabe precisar que no pueden ser otros que los autores o partícipes del hecho ilícito porque sólo contra ellos puede entablarse la acción penal. De tal modo la suspensión de la prescripción de la acción civil no puede tener efectos sino contra las personas nombradas sin que se extienda a otros responsables civiles que no hayan sido sujetos pasivos de la acción represiva o a quienes se les endilga una responsabilidad refleja. La alusión de la norma a la acción civil no autoriza a inferir que la reforma de la ley 17.711 en este punto incluyó otra excepción al carácter relativo de la suspensión explícitamente consagrada por la ley (CN. Civ., Sala C, *in re* “Fittipaldi, Eduardo c. Bonuccio, Héctor Oscar y otros s/ daños y perjuicios”, del 24/09/2002).

Por ende, al tener carácter relativo la suspensión de la prescripción sólo perjudica a la persona contra quien se ha dirigido la querrela sin propagarse de uno a otro deudor (C.S., 05/12/2000, *in re* “Minond, Luis v Provincia de Buenos Aires”, J.A., 2001-I, págs. 694/698). Aunque la presentación como querrelante en el proceso penal revele una actitud cierta del damnificado de defender activamente sus derechos, ello debe armonizarse con los mencionados efectos relativos de tal actividad (CN. Civ., Sala H, *in re* “Romaniszyn, Jorge v. Rubinstein”, del 03/09/1997, J.A., 1999-II, págs. 210/221).

Es decir que no se extiende el efecto suspensivo previsto en el art. 3982 bis del Cód. Civil de uno a otro deudor aún frente a obligados en forma solidaria o concurrente.

En efecto, cuando la acción civil es deducida contra personas distintas del imputado en sede criminal y entre ellas no media vínculo de solidaridad (como en el caso del principal, comitente, padre, tutor, etc.) la suspensión de la prescripción durante el trámite de la querrela les sería inoponible y el curso de aquella seguiría. Es que ante obligaciones concurrentes, en las que los vínculos que unen al acreedor con el deudor son totalmente independientes y existe diversidad de causas fuentes aunque sea único el hecho que las moviliza, la suspensión de la prescripción no se propaga de uno a otro deudor, de modo que ella puede ser alegada por el acreedor sólo contra el deudor a quien la eficacia suspensiva perjudica, pero no contra los demás deudores ajenos a la situación (Llambías, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, t° IV-B, págs. 36/37, Editorial Perrot, Bs. As.; Bueres, Alberto-Highton, Elena “Cód. Civil y normas complementarias. Análisis doctrinario y jurisprudencial”, t° 6-B, pág. 662, Editorial Hammurabi; Molina Quiroga, Eduardo “Suspensión de la prescripción por querrela”, LA LEY 1997-E, pág. 902; Miguez, María Angélica-Robles, Estela, “Efectos suspensivos del término de la prescripción de la acción civil producidos por la querrela penal”, LA LEY, t° 2000-F, pág. 317).

Pero a igual solución se arriba en el supuesto de varios responsables en paridad de situación como los coautores o cómplices dado que en este caso se genera una obligación solidaria (art. 1109, 2° párrafo del Cód. Civil) donde si alguno de ellos no fue querrelado tampoco se propagan los efectos de la suspensión de la prescripción de unos a otros deudores y la prescripción consumada a favor de los deudores no demandados penalmente le hace perder al damnificado el derecho resarcitorio contra ellos (Borda, Guillermo A., “Tratado de Derecho Civil-Obligaciones”, t° II, págs. 151/152, 7ma. ed., Ed. Abeledo Perrot; Salvat, Raymundo M. “Tratado de Derecho Civil Argentino-Obliga-

ciones en general”, t° III, pág. 478, 6a edición, Tipográfica Editora Argentina, 1956, Llambías, Jorge Joaquín, op. cit. pág. 36; Spota, Alberto G. “Tratado de Derecho Civil”, t° I, vol. 3°, pág. 263, Ed. Depalma, Bs. As., 1968).

No obstante que la prescripción cumplida propaga sus efectos a los codeudores solidarios al igual que la interrupción de la prescripción (art. 713 del Cód. Civil) en materia de suspensión de la prescripción no sucede lo mismo frente a la previsión normativa del art. 3981 del Cód. Civil por tratarse de un beneficio personal.

La ubicación que en el Cód. Civil tiene el art. 3982 bis, a continuación del art. 3982 que contempla una excepción al principio sentado por el art. 3981 en el caso de las obligaciones indivisibles, no autoriza a interpretar que también el primero de ellos constituye una excepción al carácter relativo de la suspensión de la prescripción al no surgir del propio texto y contenido de la norma

Por otra parte y frente a lo expresado por el citado art. 3981 del Cód. Civil tampoco tienen entidad suficiente para dar sustento a una interpretación extensiva del efecto de la suspensión de la prescripción a personas no contempladas por la ley las disposiciones contenidas en los arts. 1101 al 1103 del Cód. Civil que establecen la prejudicialidad de la sentencia penal sobre la civil.

A tal efecto no se debe confundir la causal de suspensión de la prescripción por la deducción de querrela con la imposición de detener el trámite del proceso civil cuando el expediente está en estado de llamar autos para sentencia con el objeto de esperar el resultado del proceso penal instruido por el mismo hecho, circunstancia esta última que muestra la independencia de ambas acciones (art. 1096 del Cód. Civil). Y si bien este principio no es absoluto ello significa, entre otras cosas, que la acción civil puede ser intentada al margen o en forma paralela a la acción penal. Aunque en ciertos supuestos es menester subordinar el dictado de la sentencia civil al previo pronunciamiento penal, ello no es un impedimento para que el proceso civil pueda ser iniciado (CN. Civ., Sala H, *in re* “Romaniszyn, Jorge c. Rubinstein, Carlos”, del 03/09/1997, JA, 1999-II, págs. 208/221).

El supuesto previsto en el art. 1101 del Cód. Civil que es de naturaleza procesal y tiene el objeto y finalidad explicitada precedentemente ya existía antes de la incorporación del art. 3982 bis por la ley 17.711, lo que demostraría la independencia de ambos institutos (Molina Quiroga, Eduardo, op. cit., LA LEY 1997-E, pág. 901).

En virtud de lo establecido por el art. 1101 del Cód. Civil se argumentaron razones de practicidad y/o dificultades procesales que se podrían suscitar en caso de que varios sean los obligados civiles y la querrela sólo se hubiera entablado contra alguno de ellos, tales como la imposibilidad de que el querrelante pueda esperar el resultado de la acción penal antes de accionar por resarcimiento y así evitar el riesgo de demandar apresuradamente, cargando luego con las costas del desistimiento en sede civil (CN. Civ., Sala B, *in re* “Anzolabehere, Horacio René y otro c. Rebesquini S.A. Transportes y otro s/ daños y perjuicios”, del 15/03/2002). Pero estos motivos no justifican que por vía interpretativa se propaguen los efectos de la suspensión a aquellos supuestos no contemplados ni en el contenido ni en la letra de la ley conforme lo que prevé en sentido opuesto el art. 3981 del Cód. Civil. En caso contrario y ante la promoción de la querrela penal que no es impedimento para la formulación de la acción civil se deja en manos del damnificado, según que acuse o no criminalmente al autor del delito, la posibilidad de ampliar el plazo de prescripción, aspecto que debe regularse objetivamente y

sin gravitación de la voluntad de los interesados (Llambías, Jorge Joaquín, op. cit., t° IV-B, págs. 37/38”).

De todos modos, y aun cuando se considere que el plazo de la prescripción se encontraba suspendido y se reanudó a partir de la fecha en que se ordenó el archivo de las actuaciones penales (1 de abril de 2005) según la opinión de la minoría del fallo plenario “Maciel”, igualmente la acción se encontraría prescripta, pues fue iniciada el 11 de mayo de 2010 (ver cargo de fs. 18 vta.), habiendo culminado previamente el procedimiento de mediación por inasistencia del requerido (escribano Abraham Gojchgelerint) con fecha 07/07/2009 (ver fs. 1).

Por todo lo expuesto, considero admisibles las quejas de los herederos del escribano y su compañía aseguradora, por lo cual debe acogerse favorablemente la excepción de prescripción opuesta en autos y revocarse la sentencia en recurso.

VII. En cuanto a las costas, sabido es que el art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, en su párrafo primero, sienta el principio general de que “la parte vencida debe pagar los gastos de la contraria...”. Sin embargo, no obstante la enfática consagración de ese principio objetivo, admite, por vía de excepción (conf. Morello-Fassi-Lanza-Sosa-Berzonce, “Códigos procesales” T. II, pág. 359), la facultad judicial de “...eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encuentre mérito para ello...”.

Bajo estos lineamientos, atendiendo a la naturaleza y a las particularidades de la cuestión objeto de la decisión en crisis, propongo al Acuerdo que las costas de ambas instancias incluidas las derivadas de la intervención de Automóviles San Jorge S.A. y Alejandro Nadur se impongan en el orden causado porque en mi opinión existió para los actores una razón fundada para litigar como causa que autoriza al apartamiento de la regla general que impone las costas al vencido.

VIII. Teniendo en cuenta el modo en que propongo que se decida la cuestión traída a mi conocimiento, considero abstracto el tratamiento del resto de los agravios.

IX. Por lo expuesto, si mi voto fuera comparado, propongo al Acuerdo que se revoque la sentencia, se admita la excepción de prescripción, y consecuentemente, se rechace la acción interpuesta por Héctor Luis Virgilio y Ana Cecilia Manzella contra Abraham Gojchgelerint, Automóviles San Jorge S.A., Alejandro Miguel Nadur y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. Las costas de ambas instancias y las irrogadas por la intervención de Automóviles San Jorge S.A. y Alejandro Miguel Nadur se imponen por su orden.

Por razones análogas a las expuestas por la doctora *Iturbide*, los doctores *Lieberman* y *Pérez Pardo* votan en el mismo sentido, lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcrito el tribunal decide: Revocar la sentencia y admitir la excepción de prescripción. Consecuentemente, se rechaza la acción interpuesta por Héctor Luis Virgilio y Ana Cecilia Manzella contra Abraham Gojchgelerint, Automóviles San Jorge S.A., Alejandro Miguel Nadur y La Meridional Compañía Argentina de Seguros S.A. Las costas de ambas instancias y las irrogadas por la intervención de Automóviles San Jorge S.A. y Alejandro Miguel Nadur se imponen por su orden. Difiérase expedirse acerca de los honorarios hasta tanto se determine la base regulatoria. Regístrese, notifíquese y devuélvase. Se deja constancia que la publicación de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164, 2° párrafo, del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. — *Gabriela A. Iturbide*. — *Víctor F. Lieberman*. — *Marcela Pérez Pardo*.



NOTICIAS

JORNADAS ROSARINAS SOBRE EL DERECHO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA
23 Y 24 DE JUNIO DE 2016

JUEVES 23/06

15:30 hs. Acreditaciones.

16:00 hs. Inauguración. Autoridades de la universidad, organizadores y auspiciantes.

16:30 a 18.00 hs. Primer Panel.

“Aspectos Generales del Derecho de Acceso a la Información Pública. Marco convencional, constitucional y legal. La jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”

16.30 hs. María Angelica Gelli - 17:00 hs. Nestor P. Sagüés - 17:30 hs. Domingo Rondina
Moderador: Marcelo Trucco

18:30 a 20:30 hs. Segundo Panel.

“Los diversos tipos de límites al Derecho de Acceso a la Información Pública. Limitaciones y excepciones basadas en razones de carácter público y privado (seguridad nacional, secretos de Estado, secretos comerciales e industriales, protección de datos personales, etc.)”

18.30 hs. Oscar R. Puccinelli 19:00 hs. Nelson Remolina Angarita - 19:30 hs. Guillermo F. Peyrano
Moderadora: Sofía Cudos

VIERNES 24/06

8.30 hs. Acreditaciones

8.45 a 10.00 hs. Tercer panel.

“El Derecho de Acceso a la Información Pública en el orden municipal. La ordenanza vigente y sus proyectos de reforma.”

Bloque de legisladores municipales: Osvaldo Miatello - Diego Giuliano - Martín Rosua
Moderador: Dr. Roberto Sukerman

10.15 a 11.30 hs. Cuarto panel

“El Derecho de Acceso a la Información Pública en el orden provincial. Proyectos con estado parlamentario”

Bloque de legisladores provinciales: Roy López Molina - Roberto Mirabella - Clara García

Moderadores: Emanuel Camerlino - Leonel Chiarella

11.30 hs. Ronda de preguntas

11.45 a 13.00 hs. Quinto panel.

“El Derecho de Acceso a la Información Pública en el orden nacional. El proyecto aprobado por la Cámara de Diputados de la Nación”

Bloque de legisladores nacionales: Hugo Marcucci - Lic. Alejandro Grandinetti - Juan Brugge

Moderadora: Soledad González

13.00 hs. Ronda de preguntas

13.15 hs. Clausura del evento

Informes e inscripción:
Inscripciones: cecydrosario@gmail.com



EDICTOS

El Juzgado en lo Civil y Comercial N°9, Secretaría Única del Departamento Judicial de Mercedes, con sede en la calle 27 N°600, de la Ciudad de Mercedes, en los autos caratulados “QUIROGA FERNANDA PAOLA c/ CRESPO HECTOR F. y otros s/ DAÑOS Y PERJUICIOS” (Expte. N° 76597) cita y emplaza al Sr. CRESPO HECTOR FABIAN D.N.I. 17.162.631, para que comparezca a estos obrados en el término de diez días, bajo apercibimiento de designar al Sr. Defensor Oficial para que lo represente (arts. 145, 146, 147 y 341 del C.P.C.). El presente deberá publicarse por dos días en el diario La Ley de C.A.B.A.

Mercedes, 12 de febrero de 2016

Julieta Estevena, aux. letrada

LALEY: I. 15/06/16 V. 16/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°55, sito en Av. de los Inmigrantes 1950 4º piso, de esta Ciudad, cita y emplaza por treinta días a herederos y acreedores de quien fuera en vida “RAMOS OSCAR ALBERTO”. Publíquese edicto por un día en La Ley.

Buenos Aires, 21 de abril de 2016

Olga María Schelotto, sec.

LALEY: I. 15/06/16 V. 15/06/16

El Juzgado de Primera Instancia en lo Civil 49, sito en la calle Uruguay 714 7º piso, cita y emplaza por 30 días a herederos y acreedores

de doña VALLEJOS ERMELINDA TEÓFILA. Publíquese por 3 días (tres días) en La Ley.

Buenos Aires, 9 de mayo de 2016

Viviana Silvia Torello, sec.

LALEY: I. 15/06/16 V. 17/06/16

El Juz. Fed. Civ. y Com. N°1, Sec. N°1 de la Cap. Fed. hace saber que WILBER HANCCO ULLLOA de nacionalidad peruano. DNI 94.713.788 ha solicitado la concesión de la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces dentro del plazo de quince días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 26 de abril de 2016

Ana Laura Bruno, sec.

LALEY: I. 15/06/16 V. 15/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°44, a cargo de la Dra. Gabriela Mariel Scolarici, Secretaría única, a mi cargo, cita y emplaza a herederos y acreedores de LUCERO PETRONILA DEL CARMEN, por el término de treinta días, a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 27 de mayo de 2016

Agustín Prada Errecart, sec. int.

LALEY: I. 14/06/16 V. 16/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°10, secretaría N°19, sito en Libertad 731 9º Piso de esta ciudad, informa que la Sra. MADELEYNE HUAMAN

CASTILLO de nacionalidad peruana con D.N.I. N°94.175.433 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 5 de abril de 2016

Matías M. Abraham, sec. int.

LALEY: I. 14/06/16 V. 15/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°103 a cargo del Dr. Martín A. Cristello, Secretaría a mi cargo, sito en la Av. de los Inmigrantes 1950 piso 1º, cita y emplaza por el término de treinta días a herederos y acreedores de Don VÍCTOR DE JESÚS GONZÁLEZ a los efectos de hacer valer sus derechos. Publíquese por tres días en el Diario La Ley.

Buenos Aires, 31 de marzo de 2016

Eduardo A. Villante, sec.

LALEY: I. 13/06/16 V. 15/06/16

Conforme lo preceptuado por el art. 145 del C. Proc. el Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N°36, a cargo del Dr. Sebastián F. Font, juez subrogante, Secretaría a cargo de la Dra. María del Carmen Boullón, sito en la calle Uruguay N°714 P. B. C.A.B.A., en autos caratulados “BARONE PABLO SANTIAGO c/ CÓRDOBA WALTER y OTROS s/DAÑOS Y PERJUICIOS” (expediente número 93743/2011), que tramitan ante

este Juzgado, emplaza a los Sres. WALTER HERNAN CÓRDOBA DNI 29.099.682 y al Sr. SEGUNDO CÓRDOBA DNI 8.360.998 para que dentro del plazo de quince días comparezca a tomar intervención que le corresponda en autos, bajo apercibimiento de designarse al defensor oficial para que lo represente en juicio. El presente deberá publicarse por dos días en el Diario La Ley.

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, 30 de mayo de 2016

María del Carmen Boullón, sec.

LALEY: I. 13/06/16 V. 14/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°10, secretaría N°19, sito en Libertad 731 9º Piso de esta ciudad, informa que la Sra. PACORI LUGO, YANINA RUTH de nacionalidad peruana con D.N.I. N°94.066.376, ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 15 de abril de 2016

Matías M. Abraham, sec. int.

LALEY: I. 13/06/16 V. 14/06/16

El Juz. Fed. Civ. y Com. N°1, Sec. N°1 de la Cap. Fed. hace saber que MARCELINA LAURIANO TEJEDA de nacionalidad dominicana, DNI 94.176.895 ha solicitado la concesión de

la Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberán publicarse por 2 (dos) veces entro del plazo de quince días en el Diario LALEY.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2016

Ana Laura Bruno, sec.

LALEY: I. 13/06/16 V. 13/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°3, a cargo del Dr. Roberto R. Torti, Secretaría N°6, a cargo interinamente de la Dra. María Florencia Millara, sito en Libertad 731, piso 4to. de esta Ciudad, hace saber que el Sr. SIMONYAN KONT HAGOPIK, DNI N°93.360.804 de nacionalidad Turquia, ha solicitado la declaración de la “Ciudadanía Argentina”. Cualquier persona que conozca algún impedimento para la concesión de dicho beneficio podría hacerlo saber a través del Ministerio Público, dentro del plazo de quince días. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 1 de junio de 2016

María Florencia Millara, sec. int.

LALEY: I. 13/06/16 V. 13/06/16

El Juzgado Nacional en lo Comercial N°13, Secretaría N°26, sito en Marcelo T. de Alvear 1840, 4º piso de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en el marco de los autos BANCO DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES c/LICHTEMBERG ROBERTO CARLOS y OTROS s/ ORDINARIO”, Expediente N°29012/1994 ha dispuesto que los herederos del Sr. GUILLERMO BRUN comparezcan a estar a derecho

dentro del quinto día de notificados, y constituir domicilio, bajo apercibimiento de nombrarles Defensor Oficial que los represente. Para ser publicado en el Diario La Ley por 2 días.

Buenos Aires, 31 de mayo de 2016

Julián Maidana, sec.

LALEY: I. 09/06/16 V. 10/06/16

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N°8, Secretaría N°16, sito en Libertad 731, 7º piso de Capital Federal, hace saber que NEWMAN, WILLIAM DOUGLAS, nacido en la ciudad de Buffalo, Condado de Erie, New York, Estados Unidos, el 7 de junio de 1983, con DNI: 94.219.120 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. El presente deberá ser publicado por dos veces en un lapso de quince días en el diario “LALEY”.

Buenos Aires, 20 de mayo de 2016

Silvina A. Bracamonte, sec.

LALEY: I. 09/06/16 V. 09/06/16

Juz. Civ. y Com. Fed. N°1, Sec. N°2 de la Cap. Fed. hace saber que JULLIETHE KATHERINE DÍAZ RODRÍGUEZ de nacionalidad colombiana, DNI N°95.039.952 ha solicitado la concesión de la Carta de Ciudadanía Argentina. Se deja constancia que deberá publicarse por dos días en “LALEY”.

Buenos Aires, 30 de mayo de 2016

Mercedes Maquieira, sec. int.

LALEY: I. 08/06/16 V. 09/06/16