



# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

**AGOSTO 2021 - NÚMERO II**  
**COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN**

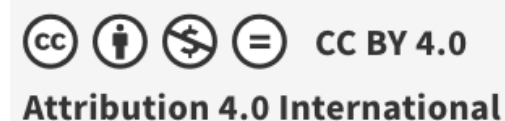
JUSTICE



# REVISTA DE DERECHO PRIVADO

*Revista Jurídica Digital*

© Esta obra está bajo una licencia de Creative Commons Reconocimiento - No Comercial - Compartir Igual 4.0 Internacional.



## **Directores:**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais

Dr. Martín Darío Benitez

## **Año I - AGOSTO 2021 - Número II**

**Nota de la Dirección:** Las opiniones vertidas en los artículos firmados y publicaciones son privativas de quienes las emiten. Independientemente de que se toman todos los esfuerzos para corroborar y asegurar la exactitud de la información contenida en sus páginas, no se aceptara la responsabilidad que pudiere derivarse de cualquier error, omisión o inexactitud.

Todas las imágenes insertas son de libre atribución de uso no comercial con licencias Pixabay License.

Se terminó de editar en la 2da. quincena de Julio de 2021, en Ramos Mejía, La Matanza - Provincia de Buenos Aires, República Argentina.



#### **DIRECTORES**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Dr. Martín Darío Benitez

#### **COMITÉ ACADÉMICO**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Dr. Jorge Oscar Rossi  
Dr. Martín Darío Benitez

#### **EDITORES**

Dra. Luciana Fernandez  
Dra. Nora Haydée Tricarico

#### **CONSEJO DE REDACCIÓN**

Dr. Anyelina Bossini  
Dr. Lucio Palumbo

#### **DISEÑO Y DIAGRAMACIÓN**

Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais

#### **AUTORIDADES COLEGIO DE ABOGADOS DE MORÓN**

##### **PRESIDENTE**

Dr. Jorge Omar Frega

##### **VICEPRESIDENTE I**

Dr. Juan A. Navarro González

##### **VICEPRESIDENTE II**

Dr. Darío Facundo Oliveto

##### **SECRETARIA**

Dra. Bárbara Paula Pepe

##### **PROSECRETARIO**

Dr. Martín Walter Bilbilian

##### **TESORERO**

Dr. Alberto Anastacio Pachilla

##### **CONSEJEROS TITULARES**

Dr. Alberto Anastasio Pachilla, Dra. Mariela Vanesa Perez,  
Dr. Federico Manuel Franco, Dr. Carlos Alberto Ramonda,  
Dr. Rolando Landolfi, Dra. Bárbara Paula Pepe, Dr. Juan A.  
Navarro González, Dr. Martín Walter Bilbilian, Dra. María José  
Martínez Dr. Darío Facundo Oliveto, Dr. Germán D. Carabajal



**SECCIÓN DOCTRINA**

**GENERAL**



*La intromisión del Derecho Público por sobre el Derecho Privado*  
*Dra. Susana Analía Monti*

9

**OBLIGACIONES**



*La estructura de la obligación, la tutela y la lesión al derecho de crédito en el Derecho Argentino*  
*Dr. Juan Manuel Capua*

15

**CONTRATOS**



*Nuevos contornos del contrato de servicios profesionales, en el contexto de la litigación electrónica*  
*Dr. Gabriel Hernán Quadri*

22



**SECCIÓN DOCTRINA**  
- continúa-

**DERECHOS REALES**



*El cobro ejecutivo de expensas en los Conjuntos Inmobiliarios*

*Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais*

34



*Condominio con Indivisión Forzosa - Con especial referencia a la Medianería*

*Dr. Martín Darío Benitez*

41

**DERECHO INTERNACIONAL**



*Derecho internacional de los derechos humanos y privilegios*

*Dra. Gabriela Alejandra Vazquez*

50



**Contratapa - Cierre Volumen II**

64







### **A nuestros colegas y lectores:**

*Nos resulta muy gratificante poder acercarles la segunda edición de la Revista de Derecho Privado del Colegio de Abogados de Morón.*

*Tal como lo dejáramos expresado en el editorial que acompañó al lanzamiento del primer ejemplar, nos proponemos como meta presentar aportes doctrinales que fomenten la reflexión sin perder de vista la faz práctica, tan necesaria para quienes ejercen la profesión o son operadores judiciales, por lo que, en la presente entrega, reforzamos este perfil.*

*En las próximas páginas, accederán a aportes de altísimo vuelo académico, en los que se abordan los siguientes tópicos: privilegios en clave de derechos humanos, contrato de servicios profesionales, tutela y lesión del crédito, cobro ejecutivo en conjuntos inmobiliarios, medianería, entre otros*

*Agradecemos especialmente a las Dras. Gabriela Vázquez y Susana Monti y a los Dres. Juan Manuel Capua y Gabriel Hernán Quadri por sus tan preciadas contribuciones.*

*A modo de cierre, les contamos que hemos incorporado un correo electrónico que funcionará como buzón de comentarios y sugerencias, como así también para enviar artículos académicos para su publicación. El mismo es **derechoprivadocam@gmail.com***

*Sin más, ponemos a vuestra disposición la presente gaceta, ambicionando que sea de su mayor provecho.*

**Con el afecto de siempre,  
Ignacio Enrique Ferreira Morais  
Martín Darío Benitez**





**SECCIÓN  
DOCTRINA  
GENERAL**



## La intromisión del Derecho Público por sobre el Derecho Privado.

por Dra. Susana Analía Monti (\*)

*“Las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados. Ningún habitante de la Nación será obligado a hacer lo que no manda la ley, ni privado de lo que ella no prohíbe.” Art. 19 de la Constitución de la Nación Argentina*

Sumario: I. Introducción.- II. Antecedentes Históricos.- III. El Derecho Privado como limitación al Poder del Estado.- IV. El Derecho Público.- V. El Derecho Público como garantía del ejercicio privado entre sujetos no iguales.- VI. El Derecho Administrativo y el Derecho Tributario.- VII. Conclusión.-

### I. Introducción

En el presente trabajo intentaremos analizar y demostrar, mediante el método deductivo, partiendo de lo general a lo particular, como el Derecho Público interfiere directamente en el Derecho Privado. Si bien es un tema amplísimo, resulta muy interesante ver las distintas perspectivas a través de la historia. El caso de las ramas del derecho público, en particular el derecho administrativo y el derecho tributario interfieren constantemente en el derecho privado. Las normas dictadas recientemente por el PEN replicadas en todo el país por sus pares en los distintos niveles de gobierno sobre Covid 19 y en materia tributaria, aunque esta última desde hace muchos años, con las amplias facultades de control sobre el patrimonio de los ciudadanos que tienen las administraciones tributarias tanto la AFIP, como los fisco provinciales y Municipales, y la cantidad de tributos existentes, nos hace pensar que el derecho público que regula la actuación del estado, no sólo constituye una intromisión constante en el derecho privado, sino que directamente es un tercero invitado a la mesa de negociación que nadie ve pero que cada vez esta más presente transformándose en el socio mayoritario, o convidado de piedra.

### II. Antecedentes Históricos

Este principio (\*) tan hermoso contenido en el art. 19 de nuestra Carta Magna, que muchos conocemos como

principio de legalidad al cual Bidart Campos **(1)** se refería como “Principio Constitucional de la Libertad” y el Dr. José Osvaldo Casas **(2)** de reserva de ley en materia tributaria. Es por antonomasia el origen de los estados modernos **(3)** y de todos los derechos. Donde justamente la legalidad legitima el estado entendido en términos de Weber como grupo de personas que reclama para sí y con éxito el monopolio de la coacción física legitima **(4)**.

Es decir, desde la Carta Magna otorgada por Juan sin tierra a los Barones Ingleses en 1215 hasta la actualidad la historia de la humanidad se ha movido en el péndulo que va de la libertad absoluta del hombre que para algunos se trata del estado de naturaleza hasta la intervención máxima del estado entendida como monarquía absoluta. Es así, que luego los contractualistas Hobbes, Locke y Rousseau comienzan teorizar sobre la necesidad de los estados de realizar acuerdos, pactos para poder vivir en sociedad. Resulta interesante el estudio histórico de las distintas revoluciones, en cuanto todas implican la búsqueda y el reconocimiento de derechos, ya sea por la burguesía, el proletariado, el campesinado etc. y hoy sería la lucha por la igualdad de género y los derechos humanos de las mujeres y las personas del colectivo LGBT. Cabe aclarar que la igualdad de género figura en lugar prominente entre los principios de derechos humanos y los valores de las Naciones Unidas. La igualdad y la no discriminación son principios esenciales de la Carta de las Naciones Unidas, aprobada en 1945 por los dirigentes del mundo. Por eso cuando nos referimos a la Carta Magna de Juan sin tierra, que en verdad era “Juan I Rey de Inglaterra”, nos referimos a la primera manifestación escrita que limita el poder del soberano. Porque la misma implicaba la concesión de derechos del Rey a los barones a fin de cobrarles mayores impuestos para financiar su campaña bélica. Pero más allá de lo interesante de esta Carta (que no la cumplió) es que la misma contiene varios de los principios que dieron origen a la famosa “Bill of Rights” Carta de Derechos de Inglaterra de 1689, que impuso el Parlamento inglés al príncipe Guillermo de Orange y cual fuera uno de los precedentes inmediatos de las modernas Declaraciones de Derechos, por ejemplo de la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de 1776, la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de la Revolución Francesa de 1789, y la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948). Estas Revoluciones generaron derechos que fueron plasmados en las distintas constituciones y en las leyes de los estados modernos. Más aún, el principio de razonabilidad acogido por nuestra propia constitución establece que: “Los principios, garantías y derechos reconocidos en los anteriores artículos, no podrán ser

alterados por las leyes que reglamenten su ejercicio.” Art. 28 C.N.

Es decir que los derechos aparecen originariamente como limitaciones al poder soberano.

### **III. El Derecho Privado como limitación al Poder del Estado**

Originariamente la división entre el derecho público y derecho privado aparece en el Derecho Romano, siendo que el primero hacía referencia a cuestiones del Estado romano y su forma de gobernar, como por ejemplo la forma de llegar a ser parte del senado o establecer las funciones de las instituciones. Hoy podemos decir que el derecho público son las normas que regulan las actuaciones de los organismos del Estado y las relaciones entre personas físicas o jurídicas de carácter privado con organismos de la Administración Pública. Dentro del Derecho Público encontramos, distintas ramas, por ejemplo: el derecho administrativo, el derecho tributario, el derecho penal, el derecho financiero, el derecho laboral, el derecho procesal, el derecho internacional público, el derecho electoral.

Por eso tal como sostiene el Dr. Carlos Balbín **(5)** aunque en referencia al derecho administrativo ya no puede sostenerse la definición clásica que teníamos entonces de derecho administrativo, que se enmarcaba en el paradigma de poder versus derechos, porque la misma ya no nos permite explicar el contexto actual, porque tener menos poderes ya no necesariamente significa que haya más derechos. Esto se relaciona mucho con el reciente libro publicado por el Dr. Horacio Corti **(6)**, “Financiar la Constitución” donde explica que para la existencia de los derechos es necesaria la correspondiente partida presupuestaria.

Volviendo al tema original tal como hemos visto se hace necesaria cierta regulación en los derechos, pero siempre lo difícil es delimitar el punto de inflexión, para que el ejercicio pueda ser lo más plenamente posible y no se frustre con la reglamentación.

### **IV. El Derecho Público como garantía del ejercicio privado entre sujetos no tan iguales**

Sabido es que en los artículos 990, 958 y c.c. del CC y Com. tenemos el principio rector del derecho privado que tiene que ver con la libertad de negociación y la libertad de contratación.

En efecto tal es la interrelación de los artículos 889, 990 958 y 959 del CC y Com. de la Nación, que las partes

pueden acordar que el deudor pague cuando pueda, o mejore de fortuna; porque ellos son totalmente libres para promover tratativas dirigidas a la formación del contrato como para abandonarlas en cualquier momento, porque rige la libertad de contratación, aunque el contenido del contrato debe tener en cuenta los límites impuestos por la ley, el orden público, la moral y las buenas costumbres, siendo obligatorio para las partes porque los mismos son para cumplirse “pacta sun servanda”. Y no puede ser modificado por los jueces salvo a pedido de una de las partes siempre que lo autorice la ley o por cuestiones de orden público conforme al art. 960 del referido Código. El principio de buena fe (art. 961), y la voluntad de las partes prima hasta por sobre las normas legales dice el art. 962. Y el derecho resultante de los contratos integra el derecho propiedad del contratante.

Tiene dicho la jurisprudencia de la Corte que el término “propiedad” son “todos los intereses apreciables que el hombre puede poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad” **(7)**.

Con relación a la interpretación de estos contratos privados, el contrato debe interpretarse según intención común de las partes y al principio de la buena fe (1061 CC y Com.).

Tal como sostiene el Dr. Fernando Shina **(8)** “el contrato paritario previsto en el Código Civil y Comercial, igual que el que fuera creado por Vélez Sarsfield hace casi ciento cincuenta años, gira en torno a las mismas reglas: (a) la libertad de contratación (autonomía de la voluntad); (b) la obligatoriedad del contrato (pacta sun servanda); y (c) la no intervención de la contratación entre privados.”

Sin embargo, sostiene el referido autor que esta estructura solo resulta aplicable a los contratos paritarios, pero no a los contratos de consumo ni tampoco a los acuerdos predispuestos (contratos de adhesión), porque estas nuevas fórmulas contractuales han empujado a la creación de un Derecho más preventivo, más intervenido por el Estado y más atento a restaurar la libertad perdida del contratante débil que a fortalecer, aún más, la del contratante fuerte.

Es muy interesante analizar la justificación y la corrección de las desigualdades entre partes fuertes y partes débiles, citando al Profesor Atilio Alterini sostiene que este “ya nos advertía que las nuevas formas de contratación impusieron una ‘modificación profunda del Derecho clásico de las obligaciones. Se provoca, entonces, una divisoria entre los contratos celebrados entre partes con similar poderío negocial y aquellos concretados entre partes con

profundas e irreconciliables desigualdades en su capacidad negociadora.”

Y sobre esa base concluye: “... va tomando forma un derecho privado menos privado y más intervenido por la administración. Como dice Lorenzetti, el orden público avanza sobre numerosas situaciones que hace poco tiempo permanecían lejos de cualquier injerencia pública. En sentido similar, De Lorenzo nos habla de un Derecho que actúa corrigiendo desigualdades, y buscando un 'nuevo humanismo de los negocios' jurídicos de contenido patrimonial.”

## **VI. El Derecho Administrativo y el Derecho Tributario**

Suponiendo que la intervención del Derecho Público, se justifica en la intervención entre dos partes desiguales privadas obviamente en beneficio de la más débil en el caso del Derecho Tributario, se entiende que el fuerte es el Estado y no el particular. Pero el estado vendría a intervenir a fin de recaudar recursos para poder cumplir su propia finalidad. Recientemente con fecha 11 de Marzo de 2020 la OMS declaró el estado de pandemia provocado por el Covid 19 o Coronavirus, que implicó al día siguiente que nuestro país declarara la emergencia pública en materia sanitaria establecida por ley 27.541 y todas las que siguieron luego, en particular el Decreto 297/2020 que estableció “el aislamiento social preventivo y obligatorio”. Apareció también la ley de Aporte Solidario, en virtud de la cual los grandes patrimonios contribuirían aportando (impuesto o dadiva al estado) a fin de dotar de recursos al estado por el Covid, aunque luego se agregaron otros fines. En la historia de nuestro país existieron y existen numerosísimas leyes impositivas dictadas por cuestiones de emergencia, las cuales en su mayoría continúan en vigencia, aunque en algunos momentos no existió la emergencia se siguieron recaudando. Y aunque se firmaron muchos Pactos fiscales también para eliminar impuestos o bajar las alícuotas hasta desaparecerlos, por ejemplo: el impuesto de sellos, Impuesto a los Ingresos Brutos, el Impuesto a los bienes personales. Lo cierto es que hay cada vez más tributos que absorben una parte más que sustancial de nuestro patrimonio y que se van acumulando porque se van cobrando con distinto hecho imponible en los distintos niveles de gobierno, Nacional Provincial, Municipal.

Para así decir, sin temor a equivocarnos, en el caso del derecho público en su rama tributaria, no tiene ninguna importancia lo que las partes acuerden. Desde ya en la interpretación de los contratos el art. 2 de la ley 11.683 **(9)** establece la interpretación de acuerdo a la realidad económica sin importar el nombre iuris dado por las partes

al negocio jurídico, pues se atenderá a las formas establecidas por el derecho privado pero siempre teniendo en cuenta su verdadera significación económica.

En segundo lugar, las amplias facultades que posee el fisco para verificar y fiscalizar al contribuyente conforme al art. 35 de la ley 11.683 que luego se reproduce tanto en ámbito provincial como municipal, denota además del intercambio de información y la base de datos que posee la administración que es prácticamente imposible que hoy en día el fisco no conozca el patrimonio de cualquier sujeto físico o jurídico. Podemos decir que tal vez, sólo conoce una parte del universo de contribuyentes y a las actividades lícitas, suponiendo que pesca siempre en la misma pecera. Pero según las directrices de los países signatarios de la OCDE, nuestro estado debe cumplir con una serie de obligaciones de información que constantemente imponen no sólo a los administrados cumplir con información sino que muchas veces violenta el secreto profesional, tal como ocurrió con la RG 4838/2020. Es decir que tanto el fisco como los organismos internacionales, no solo poseen información internacional, nacional y proveniente del entrecruzamiento de datos sino que además imponen la obligación de suministrar información de lo piensan hacer los sujetos.

## **VII. Conclusión**

Es posible que la justificación en la intromisión del Derecho Público en el derecho privado se justifique con el fin recaudatorio o con fines extrafiscales como por ejemplo la salud pública, en garantía del cumplimiento de los fines del Estado. Es posible, como sostiene el Dr. Fernando Shina y como sostiene la mayoría de los administrativistas que la limitación a las facultades y poderes del estado no se traduzca como más libertades y derechos para los habitantes como lo sostiene el Dr. Carlos Balbín. Es posible como sostiene el Dr. Horacio Corti que para que existan derechos estos tengan que tener su correspondiente partida presupuestaria. Lo que no es posible, es que no estemos atentos a la intromisión constante del estado en la vida privada de las personas y en su patrimonio en el ámbito tributario, es hora de superar la mirada opresora del estado, donde el mismo aparece como un tercero sentado a la mesa de negociación como socio mayoritario y quien se va a llevar recursos de los sujetos privados, surja o no del acuerdo. Porque de alguna forma esos acuerdos van a tributar, desde impuesto de sellos, impuesto a las ganancias, transmisión gratuita de bienes, monotributo, impuesto al cheque, impuesto país, impuesto al valor agregado, etc. etc. etc. Es decir, que todas las acciones privadas reguladas por el

derecho privado siempre van a depender de las normas de orden público.

\*\*\*\*\*

---

(\*) *Abogada (UBA), Especialista en Derecho Tributario (UBA). Mediadora Prejudicial de la Provincia de Buenos Aires. Directora del Instituto de Derecho Tributario del Colegio de Abogados de Morón. Miembro de la Comisión de Derechos Humanos y Defensa de la Defensa de la Federación Argentina de Colegios de Abogados. Docente Universitaria. Conferencista y autora de varios artículos de la especialidad,*

#### Notas

(1) BIDART CAMPOS, German J. Expresa: "Tan importante resulta la postura que el estado adopta acerca de la libertad, que la democracia, o forma de estado democrática, consiste, fundamentalmente, en el reconocimiento de esa libertad. Podemos adelantar, entonces, que el deber ser ideal del valor justicia en el estado democrático exige adjudicar al hombre un suficiente espacio de libertad jurídicamente relevante y dotarlo de una esfera de libertad tan amplia como sea necesaria para desarrollar su personalidad. Es el principio elemental del humanismo personalista". Manual de la Constitución Reformada. T. 1 pág 153, Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1998.

(2) CASAS, José Osvaldo, "Derechos y garantías constitucionales del contribuyente a partir del principio de reserva de ley en materia tributaria", p. 214, Ed. Ad Hoc, Buenos Aires, 2002

(3) Cuando nos referimos a estado nos referimos a los cuatro elementos que lo componen, población, territorio, poder y gobierno.

(4) BIDART CAMPOS, German J. Si bien el referido autor diferencia la legitimidad del poder en el origen y en el ejercicio, con relación a esta última expresa: "Genéricamente, podemos decir que si, objetivamente, el fin de todo estado radica en la realización del bien común o valor justicia, la legitimidad de ejercicio se obtiene siempre por la gestión gubernativa enderezada a aquel fin, y, viceversa, se pierde por el apartamiento o la violación del mismo. La pérdida de la legitimidad de ejercicio proporciona título, con base en la justicia material, y en circunstancias extremas de tiranía o totalitarismo que producen la obturación de otras vías exitosas, para la resistencia del pueblo contra el gobernante. Vamos con ello, en la teoría política, hacia el derecho de resistencia a la opresión y en el derecho constitucional hacia el tema del derecho de revolución. El derecho de resistencia está previsto en el art. 36 contra los que ejercen los actos de fuerza que la norma nulifica e incrimina.." Manual de la Constitución Reformada. T. 1 pág 83 y 84, Ed. EDIAR, Buenos Aires, Argentina. 1998.

(5) BALBIN, Carlos, "Manual de Derecho Administrativo" (pág 22) Ed. La Ley, Buenos Aires Argentina, 2018. Allí, expresa: "El sentido de nuestro conocimiento es, entonces, el equilibrio entre: 1) el poder, y particularmente sus prerrogativas en uno de sus extremos, y 2) los derechos de las personas en el otro. Éste es el paradigma básico del Derecho Administrativo. Sin embargo, este esquema no nos permite resolver los problemas actuales y, consecuentemente, nace un período de incertidumbre, crisis y conflicto. A su vez, creemos que el conflicto es aún mayor cuando contraponemos el edificio dogmático del Derecho Administrativo frente al nuevo texto constitucional y analizamos las relaciones actuales entre Sociedad y Estado".

A mayor abundamiento concluye: "El Derecho Administrativo es, entre nosotros, una construcción de décadas, esfuerzos sumamente valiosos y avances dogmáticos significativos, pero sólo seguirá siéndolo si continuamos adaptándola y revisándola permanentemente. Es claro —tal como intentamos explicar en los apartados anteriores— que el Derecho Administrativo partió de un concepto de Estado Liberal de Derecho y mínimo; así, conceptos dogmáticos tales como los actos administrativos, los derechos individuales —básicamente la libertad y la propiedad— y el

sujeto administrado (pasivo) reflejan claramente ese criterio. Por el contrario, el Estado Social y Democrático exige completarlos o reemplazarlos por otros, tales como las omisiones, los reglamentos y los convenios; los derechos sociales; los procedimientos participativos; y las personas activas (no simplemente administrados). En efecto, la aceptación del nuevo paradigma, es decir, derechos vs derechos supone repensar los principios, reglas e institutos propios del Derecho Administrativo según este modelo. Es decir, el paradigma es, entonces, el equilibrio del poder entendido como el conjunto de prerrogativas que persiguen el reconocimiento de derechos y, por tanto, el concepto es derechos versus otros derechos. Ese equilibrio entre derechos con intermediación del poder estatal es el núcleo, entonces, del Derecho Administrativo. El Derecho Administrativo no debe pues analizarse desde el poder y sus prerrogativas sino desde los derechos fundamentales, y estos últimos no sólo como límites de aquél sino como justificación del propio poder. Ciertamente es que el objeto de nuestro conocimiento es el poder, más particularmente el ejercicio de ese poder por el Poder Ejecutivo y sus consecuentes límites, esto es, las funciones estatales administrativas (teoría de las funciones). Sin embargo, es posible analizar ese objeto desde sí mismo (poder) o desde sus fundamentos (reconocimiento de derechos) y sus proyecciones. (pág. 24). Ob cit

(6) CORTI, Horacio "Financiar la Constitución" Ed. Eudeba, Buenos Aires, Argentina, 2020

(7) Fallos: "Pedro Emilio Bourdie c. Municipalidad de la Capital", CSJN 16-12-1925

(8) SHINA, Fernando, "El Derecho privado sin sujetos racionales, el acto voluntario sin discernimiento y el c contrato sin autonomía de la voluntad", SAIJ Id: DACF200187, 9/08/20.

(9) El art. 2 de la Ley 11.683 (t.o. 1998 y mod.) expresa: "Para determinar la verdadera naturaleza del hecho imponible se atenderá a los actos, situaciones y relaciones económicas que efectivamente realicen, persigan o establezcan los contribuyentes. Cuando éstos sometan esos actos, situaciones o relaciones a formas o estructuras jurídicas que no sean manifiestamente las que el derecho privado ofrezca o autorice para configurar adecuadamente la cabal intención económica y efectiva de los contribuyentes se prescindirá en la consideración del hecho imponible real, de las formas y estructuras jurídicas inadecuadas, y se considerará la situación económica real como encuadrada en las formas o estructuras que el derecho privado les aplicaría con independencia de las escogidas por los contribuyentes o les permitiría aplicar como las más adecuadas a la intención real de los mismos."

---





**SECCIÓN  
DOCTRINA  
OBLIGACIONES**



## La estructura de la obligación, la tutela y la lesión al derecho de crédito en el Derecho Argentino.

por Dr. Juan Manuel Capua (\*)

Sumario: I. ¿Qué es el derecho de crédito?.- II. Carácter constitucional del derecho de crédito.- III. La lesión al crédito.- IV. Tutela jurídica del crédito.- V. Colofón.-

### I. ¿Qué es el derecho de crédito?

El Código Civil y Comercial Argentino vigente, al igual que su antecesor el Código de Vélez, contiene una teoría general de la obligación.

A tal afirmación llegábamos en el anterior código civil a través de un análisis pormenorizado del Libro Segundo Sección Primera, Primera parte del citado cuerpo legal y de las disposiciones comprendidas en los artículos 495 al 723 del Cód. Civ., mientras que en el actual código vigente lo expuesto surge en forma mucho más clara y expresa de lo dispuesto en los arts. 724 al 732 CCCN inclusive.

Asimismo dicha afirmación supone entender la configuración de “la obligación” como una institución autónoma, es decir como las reglas de juego que determinan o encauzan la conducta de las partes. **(1)**

Esas reglas, en forma estructural, que se dan universalmente en los sistemas de obligaciones independientemente del modelo económico que impere donde rige la normativa **(2)**, pueden ser sintetizados en el siguiente silogismo:

*Dada F*

*Debe ser P*

*De D en favor de A*

*Que puede exigirlo.*

Dada la Fuente (Hecho Ilícito/ Contrato), debe ser la Prestación (objeto de la obligación que puede consistir en un dar, hacer o no hacer), del Deudor en favor del Acreedor que puede exigirlo. Y puede exigirlo porque el ordenamiento jurídico predica respecto de la “institución obligación” “efectos” que son los medios que el acreedor posee para cristalizar la concreción de la prestación debida. **(3)**

La obligación, además del derecho personal del

acreedor – derecho creditorio – contiene también el deber a cargo del deudor, manifestándose objetivamente como un esquema vinculante de contenido patrimonial. **(4)**

La obligación es un juicio que no tiene una forma hipotética sino que su antecedente constituye una narración “histórica” de algo que ya sucedió efectivamente (Dada F debe ser P de D en favor de A que puede exigirlo). Por tal razón se encuentra ubicada después del antecedente (causa fuente) e inmediatamente antes del derecho creditorio.

Conforme lo expusiera Molinario **(5)** en forma extremadamente descriptiva, el derecho creditorio “es el derecho patrimonial (el que rige las relaciones derivadas de la apropiación de la riqueza y del aprovechamiento de los servicios) en virtud del cual su titular (sujeto activo) puede exigir (art. 505 inc. 1ero C.Civ) de otro sujeto (sujeto pasivo) el cumplimiento de una prestación (art. 495 y nota) que puede consistir en hacer, o no hacer, susceptible de apreciación pecuniaria (arts. 1168 y 1169 C.Civ.) y que siempre que no se trate de una obligación de dar sumas de dinero, en caso de incumplimiento faculta accesoriamente al acreedor, según la naturaleza de la prestación a proporcionárselo por acción de un tercero a costa del deudor (art. 505 inc. 2 C.Civ) u obtener la entrega de una suma de dinero en sustitución de la prestación (art. 505 inc.3 C.Cvi) que debe proceder de una causa fuente lícita (art. 502 C.Civ) que comporta además otras facultades en orden a la realización efectiva de la prestación (acciones revocatoria, arts. 961 y ss; de simulación arts. 955 y ss; subrogatoria arts. 1196; de separación de patrimonios, arts. 3433 y ss – efectos secundarios o auxiliares de la obligación por oposición a los anteriores denominados principales – con inclusión, en los supuestos taxativamente señalados por la ley, de un principio para el cobro preferente, que pueden hacerse valer respecto de otros acreedores sean de igual o distinta naturaleza (privilegios)”.

En la nota al art. 497, el código de Vélez citando a Marcadé y a Ortolán decía que “derecho personal es aquel en que una persona es individualmente sujeto pasivo del derecho...derecho personal es aquel que dá la facultad de obligar individualmente a una persona a una prestación cualquiera, a dar, a hacer o no hacer alguna cosa”.

Si bien las referencias aluden a normativa del Código Civil de Vélez los conceptos bases son aplicables a las situaciones actualmente receptadas por nuestro Código Civil y Comercial vigente desde 2015.

El derecho personal se presenta así como una noción descriptiva de la posición ocupada por el acreedor en la obligación.

En la nota al Libro II del Código Civil de Vélez se exponía que "...para tratar de los derechos personales en las relaciones civiles, tratamos de las obligaciones porque la teoría de los derechos personales se reduce a la exposición de los principios concernientes a las obligaciones que forma su objeto..", ello con un sentido sistemático que corresponde a un plan de división de los derechos, ítem que se verificaba en el Libro III cuando se ocupaba de los derechos reales.

Actualmente, y a la luz de lo expresamente normado por el art.724 y cctes del Código Civil y Comercial de la Nación, - en adelante CCCN- se pueden verificar que en el código vigente "se describen las dos posiciones que invisten a los protagonistas del instituto: por un lado, el acreedor con su derecho de exigir y, por el otro, el deudor con su deber de satisfacer el interés de aquél. Si el deudor incumple, surge su responsabilidad patrimonial, con el correlativo derecho del acreedor de obtener su satisfacción forzosamente, o sea, a través de la ejecución forzada. Hay que destacar que en la redacción impresa en la norma aparece la responsabilidad patrimonial del deudor, en caso de incumplimiento, dando lugar a que se sostenga, como lo ha hecho destacada doctrina, que ella constituye una etapa o fase de la relación originaria, y que no existe una nueva relación jurídica. **(6)**

El acreedor tiene un derecho que surge del deber ser de la obligación, tanto como el deudor tiene un deber que surge del deber ser de la obligación. Uno no es la causa ni el efecto del otro, sino que son correlativos.

La obligación es derecho objetivo y el derecho del acreedor, derecho subjetivo.

Al decir de Kelsen **(7)** el derecho "en su sentido objetivo...tiene un carácter normativo, es un conjunto de normas, un orden, en tanto que en su sentido subjetivo es un interés o una voluntad...un interés protegido por el primero, una voluntad reconocida y garantizada por el derecho objetivo".

La responsabilidad no se separa o escinde de la obligación preexistente, pero puede nacer en razón del daño o menoscabo a derechos o incluso intereses ajenos contenidos en un deber genérico de abstención – el clásico *naeminem laedere*- y más allá en razón de factores objetivos de atribución ( riesgo por ejemplo).

Este deber genérico es correlativo no a un crédito pero sí a una facultad de actuación en la esfera propia de las personas que, cuando se traduce en un concreto poder de actuar atribuido por la ley, se transforma correlativamente en el contenido de un derecho subjetivo.

Entonces claro está, se alude a un interés que lleva

con consigo un poder que pertenece o se atribuye por la ley y que no solo admite o faculta un obrar lícito tendiente a la satisfacción de ese interés, sino más, la persona hace suyo ese interés porque la ley le ha conferido la posibilidad de actuar exigiendo su satisfacción.

El interés es, entonces, interés legítimo y como tal, el contenido del derecho subjetivo **(8)**, concepto este último actualmente receptado en forma expresa en la propia redacción del art. 724 del CCCN en la definición de obligación.

La objetividad normativa de la que venimos hablando es por tanto la concreción de principios generales que significan la valoración de bienes e intereses de la sociedad a los cuales se estima que se deben proteger.

Ello no implica confundir esa objetividad normativa con los intereses dignos de protección.

Ya el art. 497 del C.Civ. de Vélez decía: "A todo derecho personal corresponde una obligación personal. No hay obligación que corresponda a derechos reales."

La inspiración inmediata de dicho artículo resultaban ser Aubry et Rau además de Freitas quienes afirman en el párrafo 296 del Cours "...que a todo derecho corresponde una obligación y que esto ocurre también en los derechos reales que imponen virtualmente a los terceros, es decir a quienes no pertenece el derecho, la obligación de no provocar menoscabo alguno al titular, agregando "no obstante esta obligación general y negativa que corresponde a los derechos reales, no es el objeto inmediato de esos derechos cuya existencia es independiente del cumplimiento de toda obligación".

Así, a todo derecho personal corresponde un deber personal. No hay deber particular de un deudor que corresponda a un derecho real.

Los derechos no "crean" sino que son "creados". El del acreedor se sustenta en la obligación así como el deber del deudor también.

El derecho personal (subjetivo) del acreedor se dirige hacia un comportamiento determinado del deudor que a su vez constituye el contenido de un elemento objetivo de la obligación (derecho objetivo) la prestación consistente en un deber del deudor, en tanto y en cuanto a la conducta contraria (incumplimiento) del orden jurídico (a través del elemento "deber ser") le imputa como consecuencia un acto coactivo (sanción).

El deber general de abstenerse de perturbar el ejercicio de un derecho emana de una norma general alcanzando tanto al derecho.

No cumplir no significa lo mismo que perturbar.

El deudor de la obligación está obligado al cumplimiento de la prestación no por una norma general del ordenamiento jurídico sino por la norma particular que es la obligación.

Conforme expone Arauz en su teoría del concepto de la obligación “La obligación se encuentra ubicada después del hecho antecedente (fuente) e inmediatamente antes del mismo como causa de él. Es ella misma la que puede (así esta programado en general) originarse en diversas fuentes reconocidas como tales por las normas generales del orden jurídico”.

En el derecho creditorio se necesita la obligación para imponer al deudor el deber individual que le incumbe; es la obligación el juicio que establece la existencia de ese deber del deudor, ítem distinto, reiteramos, del deber general de abstenerse de perturbarlo que forma parte de esa “red de seguridad” de todos los derechos.

En materia de hechos ilícitos existe como principio el deber general de no dañar donde existe un deber individualizado – respecto de todos los sujetos quienes deben abstenerse de realizar actos que lesionen a otro- pero no individual, situación que solo ocurrirá si un sujeto determinado viola dicho principio siendo dicho hecho antecedente del nacimiento de una obligación de resarcir el daño causado.

Así se ubica el deudor, poniendo a su cargo un deber individual y haciendo nacer el correlativo derecho de crédito.

De esta forma, el deudor es sujeto pasivo de la responsabilidad siendo su patrimonio la prenda común de sus acreedores, surgiendo la responsabilidad necesariamente de la “deuda”, resultando corolario de lo expuesto que “ no hay deuda sin responsabilidad ni responsabilidad sin deuda”.

## II. Carácter constitucional del derecho de crédito

Es importante destacar en este desarrollo, que el derecho nacido de la obligación conforme detalláramos supra, es decir el derecho de crédito, tiene raigambre constitucional.

Esto es así, ya que básicamente integra el patrimonio del sujeto cuya lesión debe resarcirse puesto que de no ser así se estaría lesionando el derecho de propiedad expresamente previsto en el art. 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Así lo ha reconocido nuestro más alto Tribunal al expresar que “...el término propiedad empleado en los arts.

14 y 17 de la Constitución Nacional ampara todo el patrimonio incluyendo derechos reales o personales, bienes materiales o inmateriales (Fallos 184:137) y, en general, todos los intereses apreciables que un hombre pueda poseer, fuera de sí mismo y de su vida y libertad, entre ellos, los derechos emergentes de los contratos (Fallos 145:307 entre otros).” (Fallo Alberto Francisco Jaime Ventura y otra v. Banco Central de la República Argentina 26/02/76)

“El principio de la inviolabilidad de la propiedad asegurada en términos amplios por el artículo 17, protege con igual fuerza y eficacia, tanto los derechos emergentes de los contratos como los constituidos por el dominio o sus desmembraciones... La prohibición de alterar las obligaciones de los contratos es general y aplicable a las convenciones de todo orden, es decir, tanto a las realizadas entre particulares como a las concertadas entre éstos y los Estados o por los Estados entre sí...” (Fallo Pedro Emilio Bourdieu v. Municipalidad de la Capital s/ devolución de sumas de dinero, 16/12/1925.)

Por tanto no queda duda alguna que la lesión que cualquiera efectúe respecto de un derecho creditorio afecta el derecho de propiedad de su titular y por tanto debe ser indemnizado por quien lo afectó, ya que de otro modo se estaría estatuyendo la posibilidad de mermar un patrimonio sin la obligación de indemnizar en franca violación a nuestra Carta Magna.

Así, en esta línea, nuestro actual código prevé en el art. 965 CCCN “Derecho de propiedad. Los derechos resultantes de los contratos integran el derecho de propiedad del contratante”, de donde surge palmario que aquel que lesiona el crédito esta lesionando la propiedad de su titular y por tanto le genera un daño que conforme el sistema general de responsabilidad deberá indemnizar.

## III.- La lesión al crédito

Desde que fuera objeto de tratamiento en las Terceras Jornadas de Derecho Civil con el concepto de lesión al crédito se hace referencia al “menoscabo patrimonial irrogado al acreedor de una relación obligacional a causa del hecho de un tercero, ajeno a la misma, que perjudica la existencia o exigibilidad del derecho creditorio en cuestión.

### (9)

De lo expuesto surge que básicamente para hablar de lesión nos debemos referir a un menoscabo en la exigibilidad o eficacia del derecho y a su vez que importe daño.

Conforme lo dispone el art. 959 CCCN resulta un deber general de respetar las posiciones jurídicas que crea

el contrato para las partes.

Ese deber general de abstenerse de perturbar hace que los terceros, si bien no obligados a cumplir el contrato (relación entre acreedor y deudor) sí tengan el deber de respetar lo acordado por las partes, no entrometerse en la relación, respetarlo y abstenerse de dañarlo, bajo apercibimiento caso contrario de tener la obligación, conforme fuera expresado supra, de indemnizar todo interés lesionado, aun cuando este interés no constituya el presupuesto de un derecho subjetivo.

Tal como expresara oportunamente Demogue son dos cuestiones diferentes la relatividad del contrato y su oponibilidad a terceros, ya que del primer concepto no se puede concluir que estos últimos tengan libertad para lesionar los derechos subjetivos ajenos, sino todo lo contrario, ya que tanto la existencia del contrato como los efectos del mismo son oponibles a todos. **(10)**

#### **IV. Tutela jurídica del crédito**

Siguiendo a Juan Carlos Palmero **(11)** podemos ver que el derecho de crédito posee una doble tutela prevista por nuestro ordenamiento jurídico. Por una parte la tutela interna y por la otra la tutela externa.

La primera hace estricta referencia a las facultades que integran el contenido del derecho de crédito, se circunscribe a la relación entre acreedor y deudor en el vínculo obligacional, haciendo por ende referencia a los medios que el acreedor posee respecto de su deudor para exigir el cumplimiento de la prestación debida.

Dentro de esta órbita podemos asimismo diferenciar, siempre siguiendo al autor citado, en una tutela cautelar o preventiva dirigida a preservar la relación obligacional y otra de actuación o represiva que apunta a satisfacer concretamente el interés del acreedor.

Así dentro de la primera acepción encontramos medios que preservan la existencia del crédito (reconocimiento-arts. 733 al 735 CCCN), balances e inventarios (art. 63 inc 1 b) L.S. e interrupción de la prescripción por petición judicial (art. 2546 CCCN), mientras que en la segunda, encontramos los medios de conservación del patrimonio del deudor – a su vez basada en el principio general de que el patrimonio del deudor constituye la prenda común de los acreedores – (acción subrogatoria – art. 739 y cctes CCCN – acción directa art. 736 y cctes CCCN – acción de simulación – art 333 y cctes CCCN- acción revocatoria arts. 338 y cctes- , separación de patrimonios, derecho a solicitar partición judicial , derecho de retención ( art. 3939 CCCN) y las medidas cautelares

previstas en el procedimiento – embargo, inhibición general de bienes, anotación de litis y prohibición de innovar y contratar).

Siguiendo este detalle esquemático la tutela de actuación o represiva prevé las medidas “reforzadoras” de cumplimiento, es decir los elementos que aseguren con mayor eficacia el cumplimiento ( cláusula penal – art 790 CCCN -, astreintes – art. 804 CCCN -, arras – tanto penitenciarías como confirmatorias (art. 1059 CCCN y cctes) y la excepción de incumplimiento – exceptio non adimpleti contractus art. 1031 CCCN ); las medidas de ejecución compulsiva (conf. art. 730 y cctes CCCN).

Por fin la tutela externa, fundada en el principio de no dañar a otros, donde se protege la aludida lesión del tercero al derecho de crédito del acreedor, y donde nos hallamos frente a un caso de responsabilidad civil donde el tercero que lesiona ese derecho o interés del acreedor deberá resarcir el daño ocasionado siguiendo los lineamientos generales y requisitos exigidos por la teoría general de la responsabilidad civil.

En nuestro país el tema de la lesión al derecho de crédito fue tratado en forma puntual en las Terceras Jornadas Nacionales de Derecho Civil, donde podemos ver – a nuestro criterio- un excesivo encuadre casuístico. Veamos los despachos de comisión:

“Despacho Nro. 1. El tercero que mediante un hecho ilícito impide el cumplimiento de la obligación a favor del acreedor, debe responder a éste por los daños y perjuicios ocasionados siempre que se den las siguientes condiciones: a) que medie una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho ilícito y el incumplimiento del deudor (arts. 901 y ss.C.C.); b) que en razón del hecho ilícito del tercero el acreedor no pueda obtener la prestación debida por ninguno de los medios que le acuerda el C.C. Si la falta de cumplimiento fuere por insolvencia del deudor, el acreedor sólo tendrá acción contra el tercero cuando el hecho ilícito de éste hubiere determinado la insolvencia.

Despacho Nro. 2. El derecho de crédito puede ser lesionado de dos maneras distintas por un tercero: 1)directamente en forma inmediata cuando la específica ilicitud del acto estriba exclusivamente en el detrimento ocasionado al derecho de crédito, o sea, cuando el tercero no viola otra clase de normas que aquellas que tienen por objeto la tutela de tal derecho. Es lo que sucede en los siguientes casos: destrucción o despojo del documento en donde consta la deuda; colusión del tercero con el deudor en la violación del crédito; actos de disposición del crédito otorgado por un tercero no titular del mismo; erróneos informes del registro de Propiedades que, al impedir que se

inscriban las medidas cautelares solicitadas privan al acreedor de la garantía sobre la que puede hacer efectivo su crédito. No hay dudas que en estos casos el tercero es responsable; 2) la lesión del derecho de crédito puede aparecer como, consecuencia del detrimento o menoscabo de otro derecho o de un bien jurídico perteneciente al deudor. Se trata de un acto que afecta la vida del deudor, su integridad corporal, su libertad personal, su derecho de propiedad sobre la cosa debida y, consecuentemente, como resultado de esta conclusión, lesiona al crédito.”

El despacho aprobado por las Jornadas resultó ser el Nro.1 con la sola modificación de la redacción de la condición a) que quedó de la siguiente forma; a) Que medie una relación de causalidad jurídicamente relevante entre el hecho ilícito y el daño sufrido por el acreedor por el incumplimiento del deudor”

Resulta necesario destacar que las Jornadas mencionadas tuvieron lugar en el año 1967, es decir incluso antes de la reforma introducida por la ley 17.711 a nuestro Código Civil y con plena vigencia de la concepción jurídica, heredada del derecho romano, en la que el daño patrimonial es la lesión a un derecho real.

A lo largo de todo este tiempo las realidades tanto jurídicas como económicas variaron sensiblemente, sobre todo por la relevancia de la economía de servicios que potencia las relaciones de tipo obligacional frente a la economía centrada en la posesión de activos fijos que el titular mismo explota y su consiguiente proyección en el plano legal.

Así, Díez-Picazo señala que la existencia de un deber de respeto general frente al derecho no es una característica peculiar del derecho real, sino que se da también en el derecho de crédito, como en general en todos los derechos subjetivos.

En todos aquellos casos en que el derecho de crédito pueda ser violado por un tercero distinto del deudor (por ejemplo, violación del derecho derivado un contrato con cláusula exclusiva, de un derecho de opción, etcétera), el acreedor puede dirigirse contra el tercero para reclamar que su derecho sea satisfecho. Es posible concluir, entonces, que la lesión culpable de un derecho de crédito, como derecho subjetivo, como situación jurídica creada y reconocida por el Derecho, imputable a un tercero, genera para este sujeto la obligación de reparar el daño causado. **(12)**

En consecuencia, la tutela de los acreedores dentro de las relaciones obligacionales no se podía contentar ya con el limitado alcance de protección interna de la teoría clásica. Era esperable que la responsabilidad

extracontractual, como protección externa comenzara a ser cada vez más convocada.” **(13)**

Tal lo expuesto, Cafera y Mantero Mauri en esta línea, siguiendo las enseñanzas del maestro Busnelli, innovan sobre el enfoque de la lesión del derecho de crédito en donde avanzan superando el casuismo criticado, hacia una teoría general de la tutela aquiliana del crédito expresando: “Se deben dividir las aguas en a) tutela aquiliana del crédito en fase dinámica, donde la actuación del tercero daña un crédito ya existente y b) tutela aquiliana del crédito en fase genética, donde la conducta del tercero no opera dañando directamente un crédito que ya existe, sino que su intervención se radica en la fase preobligacional, determinando que el crédito se constituya ( o no se constituya), en ambos casos con resultado perjudicial para el sujeto implicado”. **(14)**

Desde el punto de vista de las aplicaciones prácticas de supuestos de lesión al derecho de crédito podemos citar, a título de ejemplo, las siguientes: a) lesión del derecho de crédito imputable a tercero consistente en la pérdida de la cosa debida; b) lesión del derecho de crédito imputable a un tercero consistente en la insatisfacción por muerte o lesiones producidas a la persona del deudor (obligaciones personalísimas y aquellas en que no concurre el *intuitus personae*); c) lesión del derecho de crédito consecuencia de un acto o contrato del tercero que incide en la posición jurídica del acreedor; y d) lesión del derecho de crédito con la concurrencia de responsabilidades del deudor y del tercero. **(15)**

## V. Colofón

Por último y como colofón final, sumado a lo ya expuesto, podemos afirmar que en el supuesto de fraude de acreedores procede ampliamente la responsabilidad de los terceros de mala fe -adquirentes a título oneroso o gratuito- frente a los acreedores defraudados.

Dicha responsabilidad se traduce en la obligación de restituir los bienes que fueron objeto del acto de enajenación fraudulento, a fin de que el acreedor pueda hacer efectivo el cobro de su crédito y, cuando no sea posible restituir los bienes adquiridos, la responsabilidad se transformará en la obligación de indemnizar los daños y perjuicios sufridos por el acreedor. **(16)**

\*\*\*\*\*

---

(\*) *Abogado UBA Diploma de Honor. Posgrado en Derecho*

*Notarial Registral e Inmobiliario. Abogado especializado en Derecho Comercial y Laboral. Profesor Adjunto por concurso de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Facultad de Derecho UBA y de Derecho Economico I y de Instituciones de Derecho Privado (ambas por concurso) en la de Ciencias Economicas UBA. Autor de publicaciones juridicas en revistas especializadas, obras individuales y colectivas . Disertante en temas juridicos en colegios profesionales e instituciones especializadas.*

### **Notas**

(1) En el presente trabajo se consignan algunos conceptos esbozados en la tesis doctoral inédita de nuestro maestro y entrañable amigo el Dr. Héctor R. Arauz "El concepto de Obligación", haciéndonos entera y únicamente responsables de los hipotéticos yerros y reconociendo los créditos en cabeza exclusiva del maestro.

(2) A título meramente ejemplificativo nos remitimos al análisis de los códigos civiles de España, Francia y Cuba, países con distintos sistemas económicos, pero en donde el concepto de obligación coincide con el esbozado, situación que abona la hipótesis señalada.

(3) Capua Juan Manuel "La lesión al crédito. En especial referencia a la lesión causada por el Estado por su intervención en la economía" en "Reparación de danos a la persona, Tomo IV. Supuestos Especiales de Responsabilidad Civil" p.650 Ed. La Ley 1era edición 2014 Bs.As.

(4) La obligación es un juicio de valor objetivo, integrante del orden jurídico, perteneciente al campo del Derecho Privado Patrimonial Personal, cuyo concepto antecedente reviste forma histórica, cuyo concepto vinculante es "deber ser", cuyo concepto consecuente es un deber jurídico particular de un sujeto deudor – correlativo de un derecho creditorio de un sujeto acreedor, también individualizado- de esencia normativa, ya que da lugar a un esquema vinculante, también individual.

(5) Molinario Alberto "Derecho patrimonial y derecho real" en LLambias, Jorge J. Tratado de Derecho Civil, Parte General, T. I pag.46.

(6) CALVO COSTA, Carlos A. y SAENZ, Luis R. J. Incidencias del Código Civil y Comercial. Obligaciones. Derecho de daños. Bs.As.: Hammurabi, 2015. pág. 26, No. 1.b.2.,

(7) Kelsen, Hans Teoría Pura del Derecho, Eudeba-Temas, pág. 114, 1979.

(8) Zanoni, Eduardo A. El daño en la responsabilidad civil, Astrea, Buenos Aires, pags. 58/59

(9) Erdozain, Martín Luis "Acerca de la llamada "Lesión al crédito" (con especial referencia a su tratamiento en las Terceras Jornadas de Derecho Civil), J.A Doctrina-1968-III, pág. 728

(10) Conf. De Lorenzo, Miguel Federico "Propiedad y protección del crédito" en Ghersi, Carlos Alberto (dir.) El derecho de propiedad (Análisis transversal), pags. 264/265

(11) Palmero, Juan Carlos "Tutela Jurídica del Crédito", Ed. Astrea.

(12) Cfr. Díez-Picazo, L.: Fundamentos del Derecho civil patrimonial, volumen I, 5a edición, Madrid, 1996, p. 63.

(13) Caffera Gerardo y Mantero Mauri, Elías "La ilicitud en la lesión al crédito por terceros. El giro de la responsabilidad civil en la economía de servicios" RCyS Noviembre 2010 pág.19.

(14) Ob. Cit pág19

(15) Bustamante Salazar Luis "La tutela aquiliana del derecho de crédito y la revocación por acción pauliana" en <https://dialnet.unrioja.es> 2007

(16) Bustamante Salazar, Luis ob cit.

---



**SECCIÓN  
DOCTRINA  
CONTRATOS**



## **Nuevos contornos del contrato de servicios profesionales, en el contexto de la litigación electrónica.**

*por Dr. Gabriel Hernán Quadri (\*)*

---

Sumario: I. Introducción.- II. Sobre el vínculo jurídico entre el abogado y el cliente.- III. La forma de ejecutar el contrato de servicios profesionales, en el ámbito de la litigación digitalizada.- IV. Matices de la actuación profesional en el contexto digital.- V. Principales incidencias de las nuevas regulaciones en el ejercicio, y la responsabilidad, profesional.- VI. La prueba de las conductas profesionales en el ámbito del proceso electrónico.- VII. Algunas conclusiones

### **I. Introducción**

Estas breves reflexiones se enfocan en una cuestión puntual, como el título lo indica. **(1)**

Sabemos, pues todos hemos sido a la vez protagonistas y testigos, de la impronta que ha recibido el ejercicio de la profesión legal durante esta etapa que algunos han dado en llamar transformación digital de la justicia y que puede caracterizarse como el período de tiempo en el cual las administraciones de justicia comienzan a implementar, gradualmente o no, soluciones que involucran el uso de tecnología para el desarrollo de los actos integrantes de esas secuencias que conforman los procesos judiciales.

En efecto: la litigación, en la mayoría de los fueros, se había mantenido con pocas innovaciones a lo largo de muchos años.

Básicamente: un expediente papelizado, presentaciones efectuadas en el mismo soporte (papel), audiencias y actuaciones indefectiblemente presenciales (y delegadas, cuando no podía darse esa confluencia espacial), atención también presencial en las mesas de entradas y diversos actos procesales cuya forma de realización se mantuvo, con escasas variantes, a través de varias décadas.

Ahora, sucede que -de un tiempo a esta parte y como era de esperar (pues les ha tocado a todas las actividades, o a la mayoría de ellas)- comenzamos a transitar un proceso de modernización de la administración de justicia.

Tal vez, su aspecto más evidente fue el abandono del soporte papel para pasar a un soporte digital, a un expediente inmaterial y la realización de actos procesales donde lo físico se fue corriendo del centro de la escena para dar lugar a lo remoto y virtual.

El impacto de esta transición, para el ejercicio de la profesión legal, ha sido mayúsculo.

Así, una cosa importante -y disruptiva- ha sido la aparición de sistemas informáticos como mediatizadores de la actividad procesal, al par que fue perdiendo protagonismo la actividad presencial.

Un ejemplo claro: anteriormente, la presentación de un escrito se llevaba a cabo asistiendo, personalmente (o por un delegado), a la mesa de entradas del órgano judicial donde, contacto humano mediante, aquella pieza de papel (soporte del acto de petición) era entregada y, a su vez, recibida.

Hoy, eso ha cambiado y sería redundante estar discurriendo más sobre esa cuestión. Todos sabemos, en líneas generales, de qué se trata.

Pero efectuábamos esa introducción para irnos interiorizando sobre el punto específico que queríamos abordar.

De lo que intentaremos hablar aquí es de cómo esta transformación digital de la justicia impacta en las obligaciones que pesan sobre los profesionales de la abogacía en el contexto del débito contractual que han asumido frente a quienes requirieron sus servicios.

Para ello, creemos necesario determinar qué tipo de contrato existe entre el profesional y el cliente, lo que nos permitirá ir definiendo las obligaciones que pesan sobre uno y otro, y las consecuentes responsabilidades.

De ello hablaremos en el apartado que sigue.

### **II. Sobre el vínculo jurídico entre el abogado y el cliente**

Creemos que es bueno ubicar, dentro de la constelación contractual que contempla nuestro ordenamiento, el vínculo que existe entre los profesionales y aquellas personas que los contratan.

Y entonces diremos que cuando una persona acude a un profesional del derecho, entre ellos se genera un vínculo contractual que, puede calificarse, según el tipo de tarea que se encomiende como contrato de obra o de servicios, regido por los arts. 1251 y subsiguientes del CCyCN.

Lo que nos importa, aquí, de acuerdo con el tema que nos propusimos abordar, es qué es lo que sucede cuando

un profesional es contratado para asumir el patrocinio -o la representación- de una persona en un proceso judicial determinado.

Desde nuestro punto de vista, en estos casos se da un típico contrato de servicios.

Así, habrá contrato de servicios si una persona (el abogado) actuando independientemente se obliga a favor de otra (el cliente) a proveer un servicio mediante una retribución (los honorarios).

Es, para nosotros, un contrato de servicios en tanto los profesionales contraen una obligación de hacer, consistente en cierta actividad, independientemente de su eficacia (art. 1252 CCyCN).

Será una típica obligación de medios (art. 774 inc. a CCyCN).

Por cierto, en algunos casos, los profesionales del derecho podrían asumir contratos de obra (por ejemplo, la redacción de un contrato) donde se promete un resultado eficaz, reproducible o susceptible de entrega.

Pero ese no es el caso de la actuación en juicio.

Con todo, aunque se trate de contrato de servicios y el profesional no asegura la eficacia de su gestión (en el sentido de obtener un triunfo en la controversia), lo que sí debe asegurar -desde nuestro punto de vista- es la realización de los actos necesarios y acordes con la tarea que se le encomendó.

Un ejemplo lo mostrará mejor (incluso dentro de la temática que estamos abordando): el abogado no asegurará que la estrategia que asuma al contestar la demanda vaya a ser eficaz, pero sí debe asegurar al menos -si asumió el encargo- que presentará la contestación de demanda, e intentará alguna estrategia defensiva.

Veamos -entonces y sintéticamente- cuales son las obligaciones a cargo de cada una de las partes de este contrato.

Conforme lo determina el art. 1256 del CCyCN el prestador del servicio está obligado a: a) ejecutar el contrato conforme a las previsiones contractuales y a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada; b) informar al comitente sobre los aspectos esenciales del cumplimiento de la obligación comprometida; c) proveer los materiales adecuados que son necesarios para la ejecución de la obra o del servicio, excepto que algo distinto se haya pactado o resulte de los usos; d) usar diligentemente los materiales provistos por el comitente e informarle inmediatamente en

caso de que esos materiales sean impropios o tengan vicios que el contratista o prestador debiese conocer; e) ejecutar la obra o el servicio en el tiempo convenido o, en su defecto, en el que razonablemente corresponda según su índole.

Mientras que, según lo indica el art. 1257 del CCyCN, el comitente (cliente) está obligado a: a) pagar la retribución; b) proporcionar al contratista o al prestador la colaboración necesaria, conforme a las características de la obra o del servicio; c) recibir la obra si fue ejecutada conforme a lo dispuesto en el artículo 1256.

Dicho esto, a los efectos del tema que intentamos abordar nos vamos a detener en el inciso a) del art. 1256.

### **III. La forma de ejecutar el contrato de servicios profesionales, en el ámbito de la litigación digitalizada**

Volvamos sobre el inciso a) del art. 1256 del CCyCN.

El prestador del servicio está obligado a ejecutar el contrato conforme a los conocimientos razonablemente requeridos al tiempo de su realización por el arte, la ciencia y la técnica correspondientes a la actividad desarrollada.

Con lo cual va despuntando una primera conclusión: si la actividad a desarrollar involucra la utilización de determinada, o determinadas, tecnologías o sistemas informáticos resulta imprescindible, para una buena ejecución del contrato, contar con un adecuado manejo de ellos.

¿Qué queremos significar con esto?

Pues que lanzarnos a prestar un servicio sin conocer, adecuadamente, las reglas que hacen a la actuación procesal en un contexto atravesado por lo tecnológico puede configurar un supuesto de culpa (art. 1724 CCyCN) que, si llegara a generar un daño, podría hacer nacer una responsabilidad en cabeza del prestador por el daño causado (art. 1716 CCyCN), responsabilidad que -como lo indica el Código- tendrá, como regla, naturaleza subjetiva (art. 1768 CCyCN).

Surge, así, un nuevo deber en cabeza de los profesionales del derecho: el de contar con la capacitación adecuada para permitirles el cumplimiento de sus funciones.

Lo cual no es novedoso.

Hace tiempo, ya, que en otros países se viene hablando de las necesarias competencias tecnológicas de los profesionales del derecho.

Desde 2013 la American Bar Association ha incluido entre las reglas de conducta para abogados, el deber de contar con un adecuado conocimiento de las cuestiones

tecnológicas relevantes **(2)**, regla que se ha ido adoptando por diversos estados norteamericanos.

En nuestro medio, este deber de contar con las competencias tecnológicas imprescindibles para la prestación del servicio surge claro de la norma ya citada (art. 1256 inc. a CCyCN).

Desde ya que esta afirmación no implica desconocer lo complejo que puede ser el cumplimiento de este deber.

Primero, cuando se está frente a cuestiones novedosas. Hasta hace un tiempo parecía posible reconocer, públicamente, el malestar o la resistencia hacia la tecnología. Hoy, guste o no, esto se encuentra entre nosotros y forma parte del ejercicio profesional cotidiano. Por lo tanto, para ofrecer servicios jurídicos que consistan en la representación o patrocinio en procesos judiciales, debe conocerse, adecuadamente, la forma de hacerlo.

Segundo, cuando se está frente a cuestiones que no son reguladas de forma clara. Porque, a no dudarlo, muchas veces la normativa reglamentaria no es todo lo clara, o comprensible, que pudiera esperarse. El solo leer algunas Acordadas o reglamentaciones pone en evidencia que, en ciertas ocasiones, quien las redactó no proviene del ámbito jurídico. Quizás falte, a veces, algo de interdisciplina.

Tercero, cuando se está frente a sistemas que no están diseñados de manera amigable o de acuerdo con los requerimientos y necesidades del usuario; o incluso que, por razones técnicas, no funcionan como sería esperable.

Estas cuestiones, que enumeramos, no han sido dejadas de lado por la jurisprudencia local y, de algún modo u otro, les ha prestado atención a la hora de juzgar conductas procesales.

Si bien esto no lo ha hecho, directamente, juzgando responsabilidades profesionales, su incidencia sobre este aspecto es clara.

Traeremos a colación algunas situaciones, interesantes, con las que -por cierto- no pretendemos agotar el catálogo de variantes, sino solo explicitar algunas que -para nosotros- son de mucha relevancia.

#### **IV. Matices de la actuación profesional en el contexto digital**

##### **IV.a. Cuestiones novedosas**

Nuestros tribunales no han sido ajenos a todo lo que apareja la implementación de nuevas formas de actuación profesionales y, por ello, han sido elásticos frente a ciertas imprecisiones que daban cuenta de un inadecuado manejo

o conocimiento de la normativa vigente, y alguna de ellas han sido de trascendencia.

Por ejemplo, cuando se hizo una presentación equivocando la vía y omitiendo la firma de la parte en un escrito que la requería, la Suprema Corte de Justicia local ha decidido intimar a que se subsane la deficiencia, sopesando -justamente- que se trataba de un sistema novedoso. **(3)**

Ciertamente, en la actualización papelizada, la omisión de firma de la parte cuando así correspondía era causal de inexistencia y ese vicio, según se interpretaba, no resultaba subsanable. **(4)**

Pero, en el expediente digitalizado, la interpretación se flexibiliza y se permite subsanar el yerro.

Así, hay variados casos que se pueden mencionar.

Ahora ¿cuál es el límite para este tipo de proceder? O dicho de otro modo ¿hasta qué punto se flexibilizarán las normas reglamentarias?

Pues bien, existe aquí un precedente de la Cámara departamental en donde se analizó una cuestión similar a la aludida, pero bastante tiempo después.

Se decía allí que “no podemos perder de vista que la cuestión en análisis involucra el uso de nuevas tecnologías y del sistema de presentaciones electrónicas, pero tampoco podemos dejar de tener presente que dicho sistema ya lleva bastante tiempo de vigencia y, especialmente, que el antecedente ya citado de la Suprema Corte, donde se clarificaba -muy puntualmente- cómo proceder, databa de mas de un año atrás desde que se efectivizó la presentación.

Con lucidez, Camps acudió en uno de sus trabajos a la idea de «exceso ritual manifiesto temporal o contextual»; siendo tal el que se da cuanto un sistema electrónico se encuentra en sus inicios y para que no queden situaciones gravemente sancionadas en el marco de la normativa que todavía no resulta suficientemente conocida o, lo que es igual, normas aún poco aplicadas y respecto de las cuales tampoco existe una asentada doctrina que permite pisar con firmeza en el terreno del proceso digital; pero paralelamente advertía el autor que ello será diferente una vez que haya transcurrido un tiempo prudencial en el que la praxis tribunalicia se encuentre debidamente aceptada y las nuevas formas de actuación ante los estrados se encuentre generalizada e internalizada (CAMPS, Carlos E., Copias digitalizadas para traslado y exceso ritual, LL 2016-D, 513).

Es, desde mi óptica, lo que sucede aquí: llegado determinado momento -en el cual la utilización de nuevas tecnologías se torna algo frecuente y usual y existe incluso una doctrina clara del Superior Tribunal- ya puede exigirse

de los operadores jurídicos un correcto manejo de los instrumentos respectivos”. **(5)**

O sea, y en resumen, cuando se trata de una cuestión novedosa, existirá cierta flexibilidad en la interpretación de las normas y tolerancia de algunas imprecisiones que pueden ser consideradas trascendentes, pero, pasado un tiempo prudencial, el correcto manejo de los sistemas y aplicaciones respectivas se volverá imperativo para quienes deben actuar ante la jurisdicción.

Es que, como se lo ha dicho en más de una ocasión, la doctrina del exceso ritual no importa respaldar comportamientos negligentes. **(6)**

#### **IV.b. Situaciones con poca claridad**

Aquí también se han dado supuestos en los cuales la regulación, el uso de los sistemas o la forma en que el proceso fue conducido por los órganos jurisdiccionales, ha dado a errores interpretativos, que fueron excusados.

Así, por ejemplo, cuando la forma en que el sistema mostraba la información atinente a las notificaciones pudo hacer incurrir en confusión al profesional, la Suprema Corte de Justicia consideró tempestiva la presentación **(7)**. Con todo, si esta situación de potencial confusión no se daba y el profesional tuvo en claro cuando la notificación se produjo, los tribunales se apartaron de tal doctrina. **(8)**

Otro tanto sucedió, por ejemplo, cuando por errores informáticos las presentaciones electrónicas se efectuaron en otra secretaría.

En casos así, la jurisprudencia forjada en el contexto papelizado consideraba que el cargo impuesto al escrito en otra secretaría resultaba inválido. **(9)**

Pero, en el expediente electrónico, se ha considerado excusable el error.

Así lo ha hecho, hace un tiempo, la jurisprudencia moronense **(10)** y, ya en fecha más próxima, la Suprema Corte de Justicia. **(11)**

Como se ve, cuando el sistema resultó ambiguo, o dio lugar a error, se consideró excusable la equivocación.

Algo parecido sucedió cuando el error en que incurrió la parte fue inducido no ya por el sistema, sino por la forma en que el proceso fue tramitado. En el caso, nunca se había exigido la constitución de domicilio electrónico y, de manera sorpresiva, ante la omisión, se tuvo por constituido el domicilio en los estrados del juzgado, por notificada a la parte ministerio legis del llamado a expresar agravios y, poco tiempo después, sobrevino la deserción del recurso. Objetada esta última decisión, la Suprema Corte de Justicia la dejó sin efecto. **(12)**

De este modo, podemos concluir que en ciertas situaciones que se prestan a (objetiva) confusión los eventuales errores o defectos de actuación profesional fueron, en cierto modo, excusados o tolerados.

#### **IV.c. Situaciones de fuerza mayor**

También puede suceder que se presenten situaciones de fuerza mayor procesal (art. 157 CPCC), que obstaculicen el debido accionar profesional.

Así, cuando se verificaron hechos de fuerza mayor, vinculadas con la actuación en el contexto electrónico, presentaciones efectuadas poco tiempo después de vencido el plazo, fueron consideradas tempestivas. **(13)**

Con todo, y según el caso, la fuerza mayor debería ser acreditada.

En este sentido, tenemos un precedente de la Suprema Corte de Justicia **(14)** donde, alegado un problema con el funcionamiento del sistema (que, según se planteaba, había hecho que la presentación electrónica ingresara un minuto después de transcurridas las cuatro primeras horas del día posterior al vencimiento del plazo), la mayoría del tribunal consideró inacreditada la situación de fuerza mayor.

Mientras tanto, en voto minoritario, el Dr. Genoud entendió que la queja debía prosperar, sosteniendo que:

“las explicaciones brindadas en torno a la interposición del remedio extraordinario un minuto y diecisiete segundos después de vencido el plazo previsto en el artículo 124 de la norma ritual merecen ser atendidas y considerar, por ende, que su presentación fue tempestiva (causa Ac. 92.386, «Liverotti», resol. del 20-IV-2005).

La cuestión demanda un análisis integral de la situación planteada que contemple otros aspectos y dificultades, además de los propios del portal de la Suprema Corte, como es, por ejemplo, la estabilidad y calidad de la conexión con que cuentan los usuarios del sistema, proporcionada por sus proveedores de internet. No puede analizarse la interposición del recurso un minuto y diecisiete segundos después de vencido el plazo de gracia sin atender el contexto de creciente digitalización y las impredecibles vicisitudes que genera; un razonamiento contrario atenta -en la especie- contra básicas garantías del debido proceso y configura un exceso de rito que conspira contra la búsqueda de la verdad material.

Me convence de ese análisis la función instrumental de las reglas procesales, las cuales deben orientarse a facilitar y no frustrar la tutela efectiva de los derechos (art. 15 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires) como así tampoco el derecho de defensa en juicio (arts. 18 y 75 inc. 22, Constitución nacional).

Y si bien lo acontecido en autos debe evaluarse a la luz de las exigencias de las formas y su articulación con el sistema establecido por el Acuerdo SCBA 3886, la prudencia y razonabilidad en el contexto de un sistema procesal electrónico, aconsejan hacer lugar a la queja interpuesta (art. 292 CPCC)".

Ahora, y en otros casos, cuando se comprobó efectivamente un déficit de funcionamiento en el Sistema de Notificaciones y Presentaciones Electrónicas, la Suprema Corte -por unanimidad- descalificó por absurdo el fallo que había tenido por extemporánea la presentación efectuada en soporte papel, escasos momentos después de vencido el plazo de gracia. **(15)**

## **V. Principales incidencias de las nuevas regulaciones en el ejercicio, y la responsabilidad, profesional**

### **V.a. Introducción**

Expuesto todo ello, estamos en condiciones de reflexionar un poco sobre aquellas situaciones que pueden darse en el ámbito del proceso judicial digitalizado y que pueden llegar a comprometer la responsabilidad profesional.

Por cierto, no será un catálogo que agote todas las variantes pues seguramente alguna se nos esté pasando por alto.

Ofrecemos, tan solo, un listado de potenciales situaciones que nos vienen a la mente y que podrían generar supuestos de responsabilidad profesional.

### **V.b. En el impulso de las actuaciones**

Mucho se ha discutido, tiempo atrás, acerca de las obligaciones de abogados en lo referente al impulso procesal de las actuaciones, especialmente cuando se producía la caducidad de instancia y a la demanda inicial (cualquiera fuera su objeto), sobrevinía otra, que ahora tenía al letrado o letrada como parte demandada, y a su otrora cliente ahora devenido en reclamante.

Pues bien, este tema que antes se analizaba y donde se observaba -a veces- la cuestión desde el ángulo del rol que hubiera asumido el profesional (apoderado o patrocinante), hoy debe mirarse desde otra atalaya.

Es que el art. 56 inc. c de la ley 5177 habla de la posibilidad de que los letrados, cualquiera sea el rol en el que actúen, presenten con su sola firma escritos de mero trámite.

Al comentar la reforma operada por la ley 13.419 a la ley 5177 señalábamos que a partir de la misma se reforzaban los deberes, y responsabilidades, del letrado

patrocinante en lo relativo al impulso procesal.

Remarcando que, cuando el avance del proceso dependiera de una petición de mero trámite estará supeditado al accionar del letrado, lo que incluso puede conectarse con los deberes de activar el procedimiento en las condiciones de la ley (art. 73 inc. 2 ley 5177) y de no abandonar el juicio mientras dure el patrocinio (art. 58 inc. 7 ley 5177).

De este modo, es de toda evidencia que si sobreviene la caducidad de instancia y el proceso aguardaba, para seguir su curso, un acto de mero trámite, la responsabilidad civil del letrado patrocinante se verá mucho más seriamente comprometida.

Aunque, por otro lado, decíamos también que este refuerzo de deberes y responsabilidades deberá ser tenido en cuenta al momento de remunerarse la tarea profesional. **(16)**

Pues bien, esto que mencionábamos en el contexto de un expediente papelizado se mantiene exactamente de la misma manera en el ámbito del expediente digital, donde las presentaciones de mero trámite, impulsorias, quedan a cargo del letrado (sea patrocinante o apoderado) y no necesitan de la firma de la parte (Ac. 3842/17 SCBA; punto 3 inc. b Res. 10/2020 SCBA, como norma de emergencia y, próximamente, art. 4 del Reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos, aprobado por Ac. 4013 de la Suprema Corte de Justicia, como normativa con visos de permanencia).

Entonces, este deber de seguimiento e impulso se acrecienta, como así también se acrecienta el riesgo de incurrir en responsabilidad profesional si llega a sobrevenir la caducidad de instancia, frente a la posibilidad de llevar a cabo actos impulsorios sin aguardar que la parte suscriba la presentación.

### **V.c. La cuestión de los domicilios y las notificaciones**

Aquí hay varios temas por ver.

Comencemos por lo atinente a la constitución de domicilio.

Sabemos que, en el marco de todo expediente, existía -desde siempre- una carga fundamental que pesaba sobre las partes, que era la de constituir domicilio (art. 40 CPCC)

Sabemos, también, que clásicamente cuando la parte constituía domicilio lo hacía en el estudio de su letrado o en un casillero utilizado por el mismo.

Pero, en teoría, nada impedía que el domicilio que la parte constituyera, lo fuera en un lugar propio o en algún otro

lugar al que esta tuviera acceso.

Sucede que, desde el advenimiento de las notificaciones electrónicas, se impuso la carga de constituir domicilios electrónicos (art. 40 CPCC, art. 3 Ac. 3845/17 SCBA y art. 2 del Reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos, aprobado por Ac. 4013 de la Suprema Corte de Justicia)

Y estos domicilios electrónicos van a ser, por regla, accesibles para los titulares de los certificados pertinentes.

De este modo, el deber de estar atento a las notificaciones que se reciben, se van intensificando.

Aunque, lo reconocemos, no hay aquí tantas diferencias de lo que sucedía en el contexto del expediente papelizado; en uno y otro caso, si bien se puede sostener que el domicilio, cuando se actúa por derecho propio, pertenece a la parte, tras ello subyace otra realidad: es el letrado el que define qué domicilio se utiliza en el proceso y quien tiene acceso al mismo.

Por lo demás, hay otra circunstancia mas a tener en cuenta en este contexto pues la nueva dinámica procedimental (con la cuestión de las resoluciones autonotificables, Ac. 3991 SCBA) ha diluido muchos tiempos muertos del proceso.

Esto impacta en la gestión profesional.

Así, por ejemplo, una vez dictada la resolución que confiere un traslado, el mismo se notificará automáticamente y empezará a correr el término para contestarlo.

Pudiendo darse una situación de responsabilidad profesional si se nos llegara a pasar por alto el evacuarlo y ello generara un daño a la parte que asistimos o representamos.

Es necesario, entonces, estar muy atentos.

Al margen de lo dicho hasta aquí, y dejando ello de lado, se empiezan a presentar algunas cuestiones sistémicas en materia de notificaciones, que podrían llegar a impactar en la responsabilidad profesional.

Una de ellas, se da con la renuncia al patrocinio.

¿Qué sucede en estos casos con el domicilio electrónico? ¿Subsiste o no?

Si fuera letrado apoderado, la situación queda comprendida en el art. 53 del CPCC, pero si se tratara de patrocinante, no es claro que sucede con el domicilio electrónico frente a su renuncia.

Un caso así se ha dado en el ámbito de la Cámara Civil y Comercial del Departamento judicial, donde se sostuvo que: “en lo que hace a la tramitación del proceso,

ninguna norma indica que la renuncia al patrocinio deba notificarse al domicilio real.

A diferencia de lo que sucede cuando quien renuncia es el apoderado (art. 53 inc. 2 CPCC), cuando quien renuncia es el patrocinante, esto no genera efectos procesales en cuanto al domicilio.

Por supuesto, en lo que hace a la relación cliente-abogado, en su seno interno, ello puede ser diverso; pero, respecto del proceso, dicha renuncia no necesita ser notificada al domicilio real.

Segundo, la cuestión del domicilio: no está previsto que la renuncia del patrocinante genere algún tipo de efecto sobre el domicilio constituido, con lo cual seguimos dentro de la regla de subsistencia del art. 42, primer párrafo, del CPCC, en la medida en que no se constituyó uno nuevo.

Respecto de este tema, desde esta Sala se ha dicho -en varias ocasiones- que frente a la renuncia del letrado patrocinante, ninguna notificación debía cursarse a la parte (por no encontrarse legalmente prevista) y el domicilio constituido subsistía con plena vigencia -pues pertenece a la parte- (ver en tal sentido, esta Sala en causa nro. 47204 R.S. 256/02; 48249 R.S. 118/03; 52672 R.SI. 140/06; 53363 R.S. 150/09).

Incluso se ha considerado que el letrado puede solicitar que se notifique su renuncia para dejar a salvo su responsabilidad profesional, pero tal anoticiamiento en nada incide en el trámite del proceso ni modifica las pautas rectoras ya enunciadas (esta Sala en causa nro. 53363 citada).

Por lo demás, en un antiguo fallo, la Suprema Corte de Justicia ha señalado que la providencia que hace saber a la parte la renuncia efectuada por el letrado a su patrocinio se notifica por nota (SCBA Ac 40989, 02/07/1991, «Sánchez Woollands, Diego Salvador c/Ferre, Carlos Alberto s/ Indemnización por daños y perjuicios»).

Ahora, esta cuestión debe articularse con la situación actual y la operatividad del domicilio electrónico.

Con todo, la situación -en el caso- no varía.

Veamos.

Inicialmente destacamos que el quejoso introduce la cuestión en el ámbito de su recurso; no ha planteado (como hubiera sido el carril idóneo) la nulidad de la notificación que se le cursara (art. 149, parte final, CPCC).

Ahora, y dejando de lado tal cuestión formal (que, en verdad, por sí sola ameritaría rechazar el agravio), para dar respuesta al tema planteado, es necesario advertir que, al modificarse el CPCC por la ley 14.142, nada se dispuso al

respecto y tampoco existen previsiones en la normativa reglamentaria (Ac. 3845/17); de hecho, la normativa reglamentaria permite escindir el domicilio constituido del patrocinio letrado (art. 3, tercer párrafo, primera parte).

Es decir, cuando se actúa con un patrocinante el domicilio (aun electrónico) corresponde a la parte, y -de hecho- es la parte quien tiene la posibilidad de seleccionar cuál constituye; amén de ello, nada se ha previsto en lo que hace a la continuidad del domicilio en el caso de renuncia del patrocinante.

De este modo, el principio de continuidad del domicilio receptado en el art. 42 del CPCC mantiene su vigencia, aun en el proceso electrónico.

Incluso teniendo en cuenta la posibilidad de otorgar accesos de «solo lectura» al domicilio electrónico respectivo, lo que permitiría que el cliente (aun no siendo titular del certificado) tuviera noticia de las notificaciones que ingresan al domicilio que constituyó (no perdemos de vista que ello implicaría el acceso a todas las otras notificaciones, pero ese -en todo caso- es un problema de confidencialidad y aquí estamos hablando de la posibilidad de acceder a la información).

Aquí hay una circunstancia importante a determinar: estamos hablando de los efectos del domicilio para el proceso en el que se lo constituyó y la ley nada dice al respecto.

Esto, desde ya, no quita que -a todo evento- el actor canalice, respecto de su letrado anterior, las pretensiones que considere menester si entiende que actuó indebidamente en cuanto a la renuncia, la forma de comunicársela o el proceder a adoptar respecto de la notificación que había sido recepcionada por él, y que ello le generó algún perjuicio.

Pero, insistimos, en el seno interno del proceso (es decir, para el tribunal, la contraria y los restantes intervinientes) aquel domicilio mantenía plena validez porque nunca se constituyó otro.

No hay que perder de vista, en este sentido, que en el proceso están en juego derechos de diversos sujetos intervinientes; luego, si existe alguna situación, o conflicto, entre cierta parte y su letrado (o anterior letrado) ello no puede redundar en desmedro de los demás. Son situaciones posibles y que, como se vienen indicando, a todo evento deberán discutirse entre cliente y profesional.

Con esto se quiere significar que, frente a la renuncia del anterior letrado, el abogado de la contraria procedió como la ley se lo indicaba, notificando al domicilio constituido por el actor hasta ese momento y que no había

variado". **(17)**

Aquí hay algo muy importante para detenerse a analizar, pues allí el tribunal considera que el domicilio subsiste a los efectos internos del proceso, pero deja a salvo la posibilidad de que la parte reclame, a su anterior letrado, por no haberle comunicado adecuadamente la renuncia.

Se asoma, de este modo, algún supuesto de responsabilidad profesional frente a una actuación que podría el cliente considerar reprochable.

Ahora, todavía hay otra situación más y de mucha actualidad.

Pongamos que el profesional ha sido abogado de alguna de las personas que están obligadas a inscribir un domicilio en el Registro previsto por la ley 15.230 y el Acuerdo 3989 de la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires.

En tal caso, y aun habiendo cesado el vínculo contractual con el anterior cliente, el profesional puede seguir recibiendo en su domicilio electrónico comunicaciones en los términos de los arts. 4 y 6 del Ac. 3989, siendo que este último artículo pone en cabeza del profesional el cumplir con el aviso específico al que alude.

Por cierto, lo que acontezca con este aviso -o la omisión de realizarlo- podría llegar a generar, en algún caso, responsabilidad en cabeza del profesional si recibiera una notificación y, por ejemplo, omitiera efectuarlo o lo realizara de manera indebida.

Asistimos, así, a cierta ultraactividad reglamentaria de obligaciones derivadas, indirectamente, del contrato de servicios profesionales; aun cuando, en lo principal, el contrato entre el profesional y su cliente pudiera haber finalizado.

En paralelo, y desde nuestro punto de vista, si el profesional tuviera que ocuparse de este tipo de diligencias, frente a la omisión de su otrora cliente de dar cumplimiento con las obligaciones de inscribirse en el Registro, ello conllevaría la necesidad de que el beneficiario de esta actuación le retribuyera económicamente lo actuado.

#### **V.d. El letrado como fedatario**

Varias normas vinculadas con la actuación procesal electrónica han situado al letrado en un ámbito atípico.

Veamos esto.

El Acuerdo 3886/18 tenía una forma específica de ingreso de ciertos escritos, cuando la parte intervenía por derecho propio patrocinada por un letrado y no se tratara de presentaciones de mero trámite (art. 3 inc. 3 del

Reglamento), manteniendo la presentación en soporte papel y con la carga de digitalizar, posteriormente, el escrito así presentado.

Ahora, instalada la emergencia sanitaria y frente a las restricciones para comparecer presencialmente a los tribunales, la Resolución 10/20 estableció una forma de actuación diversa -acorde con la situación- señalando que “en los casos que se actúe por propio derecho y los patrocinados no cuenten con certificados digitales el escrito se firmará ológrafamente por el litigante en presencia de su abogado. Éste será el encargado de generar, suscribir e ingresar en el sistema informático de la Suprema Corte un documento electrónico de idéntico contenido al elaborado en formato papel. El ingreso en dicho sistema de una presentación de estas características implica la presentación formal del escrito y la declaración jurada del abogado de que se ha cumplido con lo previsto en el párrafo anterior y, a su vez, la asunción de las obligaciones propias del depositario del escrito firmado en forma ológrafa. El tribunal puede, de oficio o a pedido de parte, ordenar la exhibición del escrito en soporte papel, bajo apercibimiento de que la presentación se tenga por no formulada en caso de incumplimiento. Si la exhibición se hubiera tomado imposible y no mediara culpa del depositario, se citará personalmente a la parte patrocinada a fin de que ratifique la autoría de la presentación y, en su caso, se adoptarán otras medidas pertinentes a tales efectos”.

Como se ve, aquí el letrado actúa dando fe de que el escrito fue firmado ológrafamente por la parte en su presencia y, en paralelo, ingresa al sistema una copia del mismo.

Una norma de similar tenor, ya con visos de permanencia, aparece plasmada en el art. 5 del Reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos, aprobado por Ac. 4013 de la Suprema Corte de Justicia.

A su vez, en este mismo reglamento, el letrado actúa como fedatario de que los documentos que ingresa digitalizados son fieles a los originales que tuvo a la vista (art. 6).

Por cierto, este carácter no es totalmente original.

Ya existía, por ejemplo, cuando el letrado suscribía las copias que se adjuntaban al escrito promoviendo un recurso de queja (art. 276 del CPCC).

Pero ocurre que, ahora, esta función se amplía de manera exponencial.

Ciertamente, ello genera responsabilidades en cabeza del letrado para el caso de llegarse a determinar, por

ejemplo, que aquello acerca de lo que dio fe, no es exacto y de tales responsabilidades ya nos ha hablado la doctrina.

**(18)**

### **V.e. El letrado como depositario de documentación**

Aquí hay otra situación.

Vimos, recién, que la Res. 10/20 emplaza al abogado como depositario de los originales de los escritos suscriptos por su cliente, cuando este actuara por derecho propio.

Esto mismo sucede en el ámbito del Reglamento para las presentaciones y notificaciones por medios electrónicos, aprobado por Ac. 4013 de la Suprema Corte de Justicia, tanto para los originales de los escritos (art. 5) como para los originales de los documentos (art. 6).

La doctrina especializada ha definido al “letrado depositario judicial” como aquel auxiliar de la justicia al que el juez o el tribunal designa inexcusablemente a efectos de constituirlo con la posesión física de determinados instrumentos referidos a la tramitación de un expediente, en pos de consagrar la efectiva digitalización de las actuaciones.

Señalando dichos autores, en lo que al tema interesa, que la pérdida por parte del profesional de un escrito o documento dado en depósito, en especial cuando su presentación o exhibición al juez sea indispensable para la solución de un caso, puede generar variados daños a su cliente; los más evidentes son la pérdida de chances, los gastos y costas del proceso y el presumible menoscabo extrapatrimonial.

Remarcando que la impericia de un abogado en el cuidado de un instrumento, ejercida en el ámbito de un trámite judicial, tiene entidad suficiente para generar una “indefensión” en el cliente perjudicado, puesto que éste se encontrará impedido de alguna posibilidad de tipo judicial, incluso la de obtener una sentencia favorable a sus intereses, privándolo de su pretensión.

Destacando que el depósito judicial no tiene naturaleza contractual, y tal precisión no es ociosa en tanto en estos supuestos el factor de atribución de la responsabilidad será subjetivo y sustentado fundamentalmente en la noción de culpa.

Por ello, dicen, frente a la eventual pérdida o deterioro de los instrumentos objeto del depósito judicial, deberá evaluarse la conducta del letrado depositario teniendo en cuenta si omitió la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias personales de aquél, el tiempo y el lugar.

Indicando que, a su vez, la responsabilidad del

letrado depositario podrá ser excluida o limitada por la incidencia de un caso fortuito o fuerza mayor, o del hecho de un tercero por quien no se debe responder, siempre que este último reúna los caracteres del caso fortuito

Agregando que las relevantes consecuencias dañosas que podrían eventualmente derivar de la pérdida o deterioro de los instrumentos originales que se pusieren en custodia del abogado, daría sustento a la necesidad de contar con un seguro de responsabilidad civil profesional, que ampare los reclamos a consecuencia de actos erróneos u omisiones cometidos en el marco de la prestación de sus servicios profesionales -entre los que cabe incluir la guarda y conservación de documentos judiciales-, que cubran tanto la actuación personal del letrado como la de sus empleados y/o dependientes que se desempeñen bajo su supervisión.

**(19)**

Ciertamente, coincidimos con todo lo allí expresado, en lo que hace a la eventual responsabilidad del letrado.

Solo quisiéramos agregar, complementariamente, que la asunción de este carácter de depositario excede, desde nuestro punto de vista, la clásica función del letrado apoderado o patrocinante.

En este contexto, el hecho de adquirir semejantes responsabilidades debería conllevar una mayor retribución: es que una cosa es abonarle al letrado por realizar una defensa, técnica, en el proceso judicial y otra es que asuma dicha función y, además, tenga que prever lo necesario para la guarda de documentación, muchas veces dirimente para el proceso.

## **VI. La prueba de las conductas profesionales en el ámbito del proceso electrónico**

Aquí hay algo muy importante a tener en cuenta, y tiene que ver con la trazabilidad de lo hecho, u omitido, en el ámbito del proceso judicial digitalizado.

Es que, aquí, el sistema en muchas ocasiones va a poder informar, con suma sencillez, acerca de aquello que se hizo, o dejó de hacerse.

Así, por ejemplo, con una sencilla compulsión del sistema va a poder saberse cuando un letrado abrió y leyó una notificación electrónica **(20)** o si efectuó una presentación electrónica y luego desistió de la misma. **(21)**

De este modo, muchas veces, la prueba de lo que pudiera haberse actuado, u omitido, surgirá prístina del sistema informático, y esta es una circunstancia muy relevante a la hora de juzgar responsabilidades profesionales.

## **VII. Algunas conclusiones**

Evidentemente, la forma de ejercer la profesión ha recibido el impacto de la implementación tecnológica en la justicia.

La modernización, desde ya, tiene aspectos muy favorables.

Pero, en paralelo, aparejó otro tipo de consecuencias y son complejas.

Así, ha surgido la necesidad de adaptarse a lo tecnológico.

Ello, en principio, no sería perjudicial si no fuera porque dicha adaptación es preciso realizarla mientras se llevan a cabo las tareas profesionales encomendadas.

Es decir, se aprende sobre la marcha.

Se lo hace en un contexto complejo, donde no siempre la regulación es clara, donde no siempre los sistemas están diseñados con perspectiva de usuario y donde no siempre los sistemas funcionan correctamente.

Ahora, ante este tan singular -y difícil- panorama, debe ejercerse la profesión.

Y no solo eso: debe ejercérsela de manera adecuada, teniendo presente que algún error o negligencia, puede traer aparejada una responsabilidad en cabeza del profesional, por los daños que ello cause al cliente.

El profesional de la abogacía ha quedado, así, en una situación difícil y esto es innegable.

¿Qué hacer frente a ello? ¿Cómo resguardar nuestra responsabilidad profesional?

Pues bien, lo primero es capacitarse. En tal sentido, la oferta es amplia y no siempre onerosa. Los Colegios de Abogados se han ocupado, permanentemente, de ofrecer a sus matriculados actividades académicas, y de buen nivel, para permitirles adaptarse a las nuevas exigencias. Capacitándonos comprenderemos el funcionamiento del sistema y sabremos qué corresponde hacer en cada momento.

Lo segundo, estar atentos. Son tiempos complejos, que requieren nunca perder de vista lo que está sucediendo en los procesos en los que intervengamos. Incluso porque, ahora, con lo digital e incluso la automatización de muchas actividades (especialmente las notificaciones) la dinámica procesal pasa a ser otra, desapareciendo los tiempos muertos que antes se instalaban entre el dictado de las resoluciones y la notificación de las mismas, generalmente a instancias de parte.

Lo tercero, tener en cuenta -siempre- que el sistema puede presentar fallas técnicas. Esto, por supuesto, podría configurar un supuesto de fuerza mayor, lo que eximiría la responsabilidad profesional. Pero, como lo hemos visto, a veces no bastará alegarla, sino que será menester también acreditarla. Entonces, quizás haya que pensar en evitar quedar en situaciones límites, especialmente en materia de plazos procesales, en las cuales podemos llegar a quedar al filo de una cuestión de responsabilidad, por ejemplo si se diera un problema informático y, a la postre, no pudiéramos acreditarlo. O si se diera la situación de que el problema no fue, en realidad, una situación verdadera de fuerza mayor, sino un problema de nuestro propio equipo.

Ahora ¿cómo proceder si nuestra responsabilidad llegara a quedar comprometida?

Primero, teniendo en cuenta que la responsabilidad por la prestación de servicios profesionales es por regla de carácter subjetiva (art. 1768 CCyCN), con lo cual -para que la misma entre en juego- deberá acreditarse algún proceder culposo o doloso y ello pesará, en principio, sobre quien reclame (art. 1734 CCyCN, salvo que se de el supuesto del artículo siguiente).

La culpa profesional fluirá en la comparación entre lo que debía haberse hecho, con un standard adecuado de diligencia y lo que se hizo en la práctica.

Con todo, y como lo hemos analizado, hay circunstancias que podrán alegarse para diluir una eventual imputación. Incluso, si así fuera, podría alegarse el caso fortuito (art. 1730 CCyCN), como ya lo hemos visto.

Cerramos este trabajo presentando nuestras excusas.

En general, no es grato -y preocupa- hablar de responsabilidad profesional.

Pero, aun así, es una situación que puede darse y, desde nuestro punto de vista, es mejor ir la analizando, para tener en cuenta algunos aspectos fundamentales que hacen a la nueva fisonomía de la prestación de servicios profesionales.

Esto nos permitirá tenerlos en cuenta, apreciarlos debidamente y saber a qué cuestiones debemos prestarles especial atención, para evitar que sobrevengan consecuencias no deseadas.

\*\*\*\*\*

*Colegio de Abogados de Morón. Secretario de Redacción "La Ley Buenos Aires" y Coordinador "Temas de Derecho Procesal" (Erreius). Ganador del premio Accedit de la Academia Nacional de Derecho de Buenos Aires por la obra "La prueba en el proceso civil y comercial". Director y co director de diversas obras especializadas en materia de derecho procesal. Autor y colaborador en diversas obras jurídicas especializadas en derecho procesal, como así también de múltiples artículos publicados en revistas jurídicas. Miembro del Foro de Derecho Procesal Electrónico (E Procesal). Maestro Jedi del Derecho Procesal Electrónico.*

#### Notas

(1) Mucho se ha escrito sobre la responsabilidad civil del abogado. Al respecto puede verse, entre muchos otros, BORAGINA, Juan Carlos – MEZA, Jorge Alfredo, Responsabilidad del abogado frente al cliente en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2016-3, p. 187; GHERSI, Carlos, La responsabilidad del abogado. Diferencia entre patrocinante y apoderado. El rol y función de la parte, LL 2008-E, p. 686; GONZÁLEZ FREIRE, Juan Francisco, La responsabilidad del abogado en el ejercicio profesional, E.D. 284:831; MAYO, Jorge Alberto, La responsabilidad del abogado en tres fallos recientes, DJ, 2005-2, p. 711; MORELLO, Augusto Mario, La responsabilidad civil del abogado: perspectivas modernas desde la óptica procesal, Revista de Derecho de Daños, Rubinzal-Culzoni, 2005-1, p. 27; MOSSET ITURRASPE, Jorge, Responsabilidad del abogado, LL 2006-B, p. 1; PARISI, Néstor S. La responsabilidad civil del abogado. Nuevas y antiguas concepciones en torno al daño causado y su deber de responder en el Código Civil y Comercial en PICASSO, Sebastián (dir.), Tratado de derecho de daños, Buenos Aires, Thomson Reuters La Ley, 2019, Volumen: III, p. 4717; TRIGO REPRESAS, Félix A., Responsabilidad civil del abogado, Lecciones y Ensayos, AbeledoPerrot, 72/73/74, Año 1999, p. 87

(2) [https://www.americanbar.org/groups/professional\\_responsibility/publications/model\\_rules\\_of\\_professional\\_conduct/](https://www.americanbar.org/groups/professional_responsibility/publications/model_rules_of_professional_conduct/)

(3) Sup. Corte Bs. As., 8/2/2017, "Carnevale Cosme Omar C/ Provincia De Buenos Aires S/ Pretensión Indemnizatoria"

(4) Ver, por ejemplo, Sup. Corte Bs. As., 28/12/2016, "del Río, Lucía Elvira y otros c/ Honorable Tribunal de Cuentas s/ Impugnación contra resolución del Tribunal de Cuentas. Recurso extraordinario", entre infinidad de otros en el mismo sentido

(5) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 10/4/2018, "R.V.M. C/ P. M. G. S/ protección contra la violencia familiar (ley 12569) s/ queja"

(6) Sup. Corte Bs. As., 26/02/2021, "Contreras, Norma Ramona de Valacco y otros c/ Sánchez, León Gustavo Raúl y otros s/Daños y perjuicios"

(7) Sup. Corte Bs. As. 10/6/2020. "Cajal, Santos Marcelo y otro/a contra Bigurrarena, Bernardo Antonio y otro/a. Daños y Perjuicios"

(8) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 18/8/2020, "Aguilar Edgardo David C/ Bollar Juan Jose Y Otro/A S/ Daños Y Perj."

(9) Sup. Corte Bs. As., 28/03/1995, "Bengolea, Carlos Alberto c/ SOMISA s/Fijación y cobro de honorarios por trabajos extrajudiciales", entre infinidad de otros antecedentes en el mismo sentido

(10) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 9/5/2017, "Herederos De Burgos Raul Orlando C/ Gallardo Omar S/ Daños Y Perjuicios"

(11) Sup. Corte Vs. As., 16/10/2020, "Culjak, María del Carmen contra Municipalidad de Quilmes. Daños y Perjuicios. Resp. Contractual Estado"

(12) Sup. Corte Bs. As., 3/10/2018, "Herrera, Ricardo Horacio y otro/a contra Herrera, María Aurora. Desalojo"

(13) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 29/9/2020, "Mansilla Walter Mario C/ Hernandez Enrique Agustin Y Otro/A S(N8)/Daños Y Perj."

(14) Sup. Corte Bs. As., 21/12/2020, "LENCINAS RAMON GERARDO C/ CALOREX S.A. Y OTROS S/DESPIDO"

(15) Sup. Corte Bs. As., 8/10/2020, "Carrizo, Maria Ester contra Fisco de la Provincia de Buenos Aires. Accidente in itinere"

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

---

(\*) Abogado (UM). Doctor en Ciencias Jurídicas (UMSA). Secretario Sala II Cámara Civil y Comercial de Morón. Director Honorario del Instituto de Derecho Procesal Civil y Comercial del

(17) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 23/3/2021, "Galera Eduardo Hernan C/ Safe Ruben Jose Y Otro/A S/ Division De Condominio"

(18) BIELLI, Gaston E. – NIZZO, Andres L., El letrado depositario judicial de documentación y escritos a la luz del proyecto de reforma del código procesal civil y comercial bonaerense, LL 20/2/2020, p. 1 Cita online: AR/DOC/3658/2019

(19) BIELLI, Gaston E. – NIZZO, Andres L., El letrado depositario judicial de documentación y escritos a la luz del proyecto de reforma del código procesal civil y comercial bonaerense, LL 20/2/2020, p. 1 Cita online: AR/DOC/3658/2019

(20) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 26/5/2019, "Alvez Nicolas Fabricio Y Otro/A C/ Peidon Rodrigo Fernando Y Otros S/Daños Y Perj."; C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 18/8/2020, "Aguilar Edgardo David C/ Bollar Juan Jose Y Otro/A S/ Daños Y Perj.Autom"

(21) C. Civ. y Com. Moron, sala 2ª, 1/6/2021, "Gomez Nelida C/ La Vecinal La Matanza Saci De Micro-Omnibus Y Otro/A S/ Daños Y Perj"

---



**SECCIÓN  
DOCTRINA  
DERECHOS  
REALES**



## El cobro ejecutivo de expensas en los Conjuntos Inmobiliarios

por Dr. Ignacio Enrique Ferreira Morais (\*)

Sumario: I. Intención de estas palabras.- II. Breve introducción al Derecho Real.- III. Marco Legal de los Conjuntos Inmobiliarios.- IV. Adecuación.- V. Régimen de Expensas.- VI. Juicio Ejecutivo de Expensas en los Conjuntos Inmobiliarios.- VII. Conclusiones pertinentes.-

### I.- Intención de estas palabras

Es función y obligación del jurista adecuarse al cambio social y a nuevas situaciones jurídicas que surgen con el devenir de los tiempos, debiendo plasmarlo en normas claras y adecuadas que aseguren los derechos en las nuevas realidades, es por ello que así se introdujeron los conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial.

Esta realidad conlleva un avance legislativo de relevancia, pero como toda disposición legal nueva, me refiero al Derecho Real de Conjuntos Inmobiliarios, trae consigo nuevas problemáticas a las cuales se deben buscar soluciones y aunar las opiniones en nuevos criterios.

En sí, la presente publicación busca poner un poco de luz a la adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes y su relación directa con los procesos ejecutivos de expensas que se pretenden llevar a cabo.

Aclaremos, para una mejor comprensión, que se diferenciará en los procesos de cobro ejecutivo de expensas a aquellos conjuntos inmobiliarios no adecuados y los que se han adecuados al artículo 2075 in fine del Código Civil y Comercial de la Nación Ley 26.994.

### II. Breve introducción al Derecho Real

El derecho real de conjuntos inmobiliarios es una innovación legislativa que se encuentra legislado en los artículos 2073 a 2086 del Código Civil y Comercial de la Nación.

Es dable de destacar que el concepto comprendido en el Artículo 2073 **(1)** comienza con una enunciación no taxativa de conjuntos inmobiliarios, es decir, no conceptualiza sino que se refiere de forma amplia a su objeto, en sí a las distintas modalidades que se han sucedido en nuestro país. Es así que se puede entender

como todo aquel emprendimiento urbanístico sin importar el destino o el uso que se le dé.

Entonces, uno se debe detener en la expresión: “Emprendimiento urbanístico” entendiéndolo como tal, al “área territorial de extensión limitada, regida por un plan de ordenamiento territorial, con unidades funcionales o parcelas privativas independientes (construidas o por construirse) y áreas comunes de uso común, destinadas las primeras a vivienda (transitoria o permanente) y las segundas a la práctica de actividades deportivas, culturales y sociales, existiendo entre el área de viviendas y la recreativa una relación funcional y jurídica que las convierte en un todo inescindible, vinculadas por el destino común, hallándose dotadas de la correspondiente infraestructura para la prestación de los servicios esenciales comunitarios” **(2)** Por ello, se debe considerar que queda abierta de manera irrestricta y amplia la posibilidad de adecuar emprendimientos preexistentes y futuros, por vía de este derecho real.

En otro orden de ideas, se encuentran características propias de esta nueva figura jurídica, a saber: cerramiento, partes comunes y privativas, estado de indivisión forzosa y perpetua de las partes, lugares y bienes comunes, reglamento por el que se establecen órganos de funcionamiento, limitaciones y restricciones a los derechos particulares y régimen disciplinario, obligación de contribuir con los gastos y cargas comunes y entidad con personería jurídica que agrupe a los propietarios de las unidades privativas. Las diversas partes, cosas y sectores comunes y privativos, así como las facultades que sobre ellas se tienen, son interdependientes y conforman un todo no escindible (Artículo 2074). Es preciso mencionar que estas características son coincidentes con el Derecho Real de Propiedad Horizontal, del cual los conjuntos son una especie (Artículo 2075).

Es menester señalar el paralelismo entre ambos derechos reales: la redacción e inscripción de un Reglamento de Propiedad Horizontal especial junto con ello el nacimiento de un consorcio con la asamblea, el administrador y el consejo de propietarios como órganos, simplemente por nombrar algunas similitudes. Así también, es que se perciben diferencias marcadas: la posibilidad de someter el conjunto inmobiliario al derecho real aunque no estuviera terminada la construcción, un régimen de admisión de usuarios no propietarios y limitaciones de las transmisiones a través de un derecho de preferencia a favor del consorcio u otros propietarios de unidades funcionales privativas, por poner de manifiesto algunas de ellas. **(3)**

En fin, de esta manera se establece sin duda alguna que los conjuntos inmobiliarios es un derecho real autónomo, que obligatoriamente debe constituirse con la base de la propiedad horizontal pero incorpora características especiales que surgen del Título VI, en las que lo enmarcan como un derecho real de propiedad horizontal especial. En el próximo apartado se ahondará en esta cuestión.

### III. Marco Legal de los Conjuntos Inmobiliarios

Los antecedentes nos remontan al proyecto de reforma del año 2012 en donde se encuadraba jurídicamente a los conjuntos inmobiliarios como derechos reales, derechos personales o una combinación de ambos; dando de esta manera una delimitación a lo que sucedía en la realidad en la cual la constitución de los emprendimientos se llevaban a cabo con el régimen del derecho real de propiedad horizontal o de dominio, condominio y sujeciones a servidumbres recíprocas, por nombrar las más utilizada y, en el ámbito de derechos personales se encuadraba con tipos asociativos, siendo las sociedades anónimas las que tuvieron mayor preferencia.

Actualmente, el Código Civil y Comercial establece un articulado que clarifica el régimen jurídico de esta figura. Es así que, analizando el artículo 2075, se puede observar que: “Marco legal. Todos los aspectos relativos a las zonas autorizadas, dimensiones, usos, cargas y demás elementos urbanísticos correspondientes a los conjuntos inmobiliarios, se rigen por las normas administrativas aplicables en cada jurisdicción ...” (SIC) Así, ante todo, debemos tener presente que, si bien la cita es una norma de índole nacional, cada provincia conserva, por atribución de la Constitución Nacional, el poder de policía que, siempre que se ejerza de forma razonable, le permitirá reglamentar estos aspectos que deben satisfacer los conjuntos inmobiliarios para poder ser habilitados **(4)**. Ciertamente se ve la aplicación en primer término de normas administrativas locales al derecho real de conjuntos inmobiliarios.

Continúa el artículo 2075 aclarando que: “Todos los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal establecida en el Título V de este Libro, con las modificaciones que establece el presente Título, a los fines de conformar un derecho real de propiedad horizontal especial ...” Aquí se puede observar cómo el régimen jurídico de fondo es nacional y dicho precepto admite que se aplicarán las normas del derecho real de propiedad horizontal como basamento y modificaciones específicas para el derecho real de conjuntos inmobiliarios tratado en el Título VI del ritual.

Así el Código Civil y Comercial vigente ha resuelto las dudas existentes en la legislación anterior, estableciendo para el derecho real que nos ocupa, como marco legal único y de orden público, el de un derecho real.

En resumidas cuentas, dicho marco es el que deben adoptar estos emprendimientos bajo el régimen de la propiedad horizontal con las modificaciones efectuadas en el título específico de conjuntos inmobiliarios. Sin dejar de lado que se reconocerá a las jurisdicciones provinciales una gran participación en la autorización para su funcionamiento **(5)**. En sí, se admite la incidencia de normas de derecho público local y de derecho privado.

### IV. Adecuación

Esta expresión, que proviene del verbo adecuar, es decir: “adaptar algo a las necesidades o condiciones de una persona o de una cosa.”, sugiere que la realidad de los emprendimientos debe adaptarse a la legislación vigente.

Es por ello que una de las cuestiones más complejas a resolver radica en la solución legislativa que debe ser brindada a los conjuntos inmobiliarios preexistentes, es decir, aquéllos que habían sido constituidos antes del Primero de Agosto de 2015, fecha de entrada en vigencia del nuevo cuerpo de derecho común **(6)**.

Partiendo de esa base, vemos como el Código Civil y Comercial plasma una disposición de imperativo legal en el artículo 2075 in fine: “(...) Los conjuntos inmobiliarios preexistentes que se hubiesen establecido como derechos personales o donde coexistan derechos reales y derechos personales se deben adecuar a las previsiones normativas que regulan este derecho real.” Hay que poner el ojo en la expresión “se deben”, donde se hace referencia a la obligación legal que tienen los conjuntos inmobiliarios preexistentes de adecuarse a la normativa actual del Derecho Real, sin dejar de tener en cuenta que la misma norma no establece plazo, ni apercibimiento alguno por el incumplimiento.

De lo antes mencionado podemos encontrarnos con algunos interrogantes que no hacen al presente trabajo pero si me permito argüir algunas palabras.

Primer interrogante, ¿es constitucional esta norma? Gran parte de la doctrina sostiene que la norma “impresiona como de muy dudosa constitucionalidad” **(7)**, ya que la adecuación a los conjuntos inmobiliarios podría afectar derechos patrimoniales adquiridos amparados por la garantía constitucional comprendida en el artículo 17 de nuestra Carta Magna. de inviolabilidad de la propiedad. En fin, la ley no puede obligar a cambiar un derecho

preexistente que en los hechos fue legalmente permitido y aceptado, por otro instituto que nace con posterioridad.

Si dejamos de lado momentáneamente la constitucionalidad o no de la norma, el segundo interrogante sería más complejo: ¿Es una norma que debe aplicarse retroactivamente? Bien, es indiscutible que en nuestro sistema jurídico, la regla es la irretroactividad de la ley y la excepción es su aplicación retroactiva. Es decir, que las leyes rigen a partir de su entrada en vigencia y no para acontecimientos preexistentes, ello es así por cuestiones de seguridad jurídica, en consonancia el artículo 7 del Código Civil y Comercial, estableciendo la eficacia temporal de las leyes. En cuanto a los conjuntos inmobiliarios debemos comprender que deben adecuarse siempre que hayan sido creados como derechos personales o personales combinados con derechos reales, dejando afuera aquellos que se hayan constituido solamente como derechos reales **(8)**.

Para cerrar, nos encontramos con las complicaciones prácticas de la adaptación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes, es decir, si se quiere adecuar se debe realizar un reglamento de propiedad horizontal especial; entonces, todos los propietarios por decisión unánime deberían redactarlo y aceptarlo, cuestión por lo menos engorrosa. Continuando en esa línea y suponiendo que están todos de acuerdo, deberían adecuarse también los títulos de propiedad; esto significa mayores erogaciones, si lo anterior era engorroso, ahora el problema económico podría ser un escollo mayor. Siguiendo con esta utopía, si estuvieran todos de acuerdo y con un buen pasar económico, por ende soslayamos las anteriores complicaciones, y si el conjunto se encuentra dividido por el llamado sistema de geodesia donde las calles internas son del dominio público, deberá el municipio cederlas al conjunto y esta cesión, me pregunto: se haría ¿gratuita u onerosa? ¿Obligatoria o sujeta a resolución municipal?

La dificultosa situación en la que se encuentra los titulares de conjuntos inmobiliarios preexistentes y su deber de adecuación será una cuestión no menor, pero en estas líneas se intentará explicar cómo es el régimen de expensas para aquellos conjuntos inmobiliarios no adecuados, su problemática y aquellos conjuntos que ya estaban constituidos como derecho real antes de entrada en vigencia del actual Código.

## V. Régimen de Expensas

Conviene precisar que en el título específico de conjuntos inmobiliarios aparece un único precepto legal comprendido en el artículo 2081 **(9)**, el que remite a la

aplicación de las normas de la Propiedad Horizontal, tal lo antes dicho.

Habiendo precisado esto, es dable comenzar con el concepto de la expensa, entendiendo por tal, a todas las erogaciones que se realizan en función de la utilización y conservación de las partes comunes de un edificio.

Jurídicamente hablando, las expensas son obligaciones propter rem, también llamadas “ambulatorias”. Son obligaciones por razón de la cosa o a causa de la cosa, no gravan a persona determinada, sino indeterminadamente al titular de la cosa determinada aunque no hubieran sido los generadores de la deuda. De ahí que la obligación viaje, tanto activa como pasivamente con la cosa a la cual accede, lo que se explica muy fácilmente, porque siendo una obligación que comprende al que ha transmitido una cosa, respecto a la misma cosa, pasa al sucesor universal y al sucesor particular **(10)**. En este sentido, si se ejecuta una expensa el titular que contrajo la obligación responde no solo con su unidad funcional sino también con su patrimonio. Ahora si éste hubiese enajenado la unidad funcional con una deuda de expensas, el nuevo adquirente será obligado al pago de las devengadas con anterioridad a la compra en medida de la cosa adquirida y las devengadas con posterioridad a la adquisición con todo su patrimonio.

En fin, la expensa continúa con la cosa y será afrontada por el titular registral de la unidad funcional, sin perjuicio de que el nuevo artículado lo hace obligado al pago a aquel poseedor por cualquier título pero sin liberar al titular (Artículo 2050). Conuerdo con Kiper al entender como “un verdadero acierto” **(11)** agregar a los poseedores por cualquier título, es decir, preveer otros obligados al pago.

Ahora bien, sería acertado detenerme en los poseedores por cualquier título como nuevos obligados al pago, ¿A quiénes hace referencia el artículo?

En principio, podría esbozar rápidamente y sin tapujos los titulares de derechos reales que se ejercen con posesión sobre unidades funcionales distintos al dominio o condominio, por ejemplo los titulares de derechos de uso y goce como usufructuario, usuario, habitante por mencionar algunos. Pero sumado a estos, el artículo también alude a titulares de derechos personales que tienen posesión como son los que tienen un boleto de compraventa. Todos ellos pasan a ser responsables y obligados jurídicamente al pago de las expensas, razón tal para entender que deben ser poseedores unidos al propietario por algún vínculo contractual. Pero, raramente, quedan afuera los poseedores que no tiene dicho vínculo, por ejemplo el sujeto que pretende usucapir, aunque sería lógico entender que éste no

dejará de pagar las expensas ya que su pago será una prueba contundente de su intención de poseer para sí -animus domini- con la finalidad de adquirir por el transcurso del tiempo un derecho real principal como lo es el dominio.

Finalmente, este régimen se complementa con que si algún poseedor distinto al dueño o condomino pagase las expensas no lo habilitaría a ser parte del consorcio o votar en asamblea, pero me permito opinar que sí tendría un derecho de repetición por el pago de las mismas contra los obligados directos, dueño o condominos.

## **VI. Juicio Ejecutivo de Expensas en los Conjuntos Inmobiliarios**

Se debe recordar que se aplican a los conjuntos inmobiliarios las reglas de la propiedad horizontal, esto es así por lo antes explicado apartado III del presente.

Es lógico, que la necesidad que tiene el consorcio de cobrar las expensas por su función recaudatoria para afrontar los gastos por mantenimiento y conservación de las partes comunes requiera de una solución legal expedita, la que otorga el artículo 524 del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación y su análogo artículo 522 de la Provincia de Buenos Aires, estableciendo la vía ejecutiva para su cobro.

Partiendo de estas aclaraciones, nos encontramos con un proceso judicial conocido como cobro ejecutivo de expensas, pero bien sabemos que para toda ejecución se requiere ineludiblemente un título ejecutivo y siendo así las cosas, el artículo 2048 establece que "(...) El certificado de deuda expedido por el administrador y aprobado por el consejo de propietarios, si éste existe, es título ejecutivo para el cobro a los propietarios de las expensas y demás contribuciones" **(12)**.

Una pequeña aclaración que viene al caso es que en los conjuntos inmobiliarios, las expensas no solo serán los gastos de mantenimiento y conservación sino también otros conceptos de contribuciones por ventajas, servicios e instalaciones comunes (Artículo 2081), gozando las mismas la posibilidad de ejecución dentro de la expensa por encontrarse en ella. En este mismo sentido, la obligación de pago será sin distinción para unidades construídas, unidades como lotes baldíos o unidades en construcción, siendo el reglamento el que establezca el porcentual de calculo para el abono.

Ahora bien, aquellos conjuntos inmobiliarios adecuados correctamente o creados directamente con la figura del Derecho Real gozan de la prerrogativa legal de la expensa, con todos los beneficios que ello conlleva con su

ejecución, tal sistema será similar al cobro de expensas en la Propiedad Horizontal, sin distinción alguna.

Por su parte, el interrogante es ¿qué pasa con aquellos conjuntos inmobiliarios que no se han adecuados y fueron creados a través de figuras distintas? Aquí esta el quid de la cuestión, variada jurisprudencia en el fuero comercial se perfila de forma evidente en negarle la vía de ejecución por expensas a aquellos conjuntos constituidos como sociedades anónimas. En este sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala "C" sentenció: "El código estableció que todo conjunto inmobiliario deberá constituirse al amparo del régimen de propiedad horizontal especial (...) De ello se deriva entonces que, en tanto el emprendimiento urbanístico no se constituya bajo las disposiciones que regulan el derecho real denominado "conjunto inmobiliario", no podrá invocar para sí las prerrogativas que se derivan de ese tipo (...) y continúa "Es verdad que no se ha previsto allí cuál sería la sanción o consecuencia que habría de derivarse de la no adecuación al régimen (...) Pretender el automático reconocimiento de la existencia de un derecho real sobre un complejo que no se ha adecuados a su tipología importaría tanto como soslayar las reglas de estructura (que son de orden público) que rigen la materia (...) " **(13)**

Por su parte, se reafirma esta cuestión de rechazar esta vía aunque el certificado de deuda cumpla con todas las formalidades exigidas por la ley para su ejecución, tal cuenta da la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial Sala "E": "(...) la actora no se constituyó bajo el régimen de la propiedad horizontal, sino que se organizó bajo la forma de una sociedad anónima, lo cual excluye la procedencia de la ejecución que se persigue en base a ese certificado (...) La acción ejecutiva es un procedimiento que la ley otorga a cierto tipo de documentos, siempre y cuando encuadren en las disposiciones por ellas señaladas, lo que no sucede, conforme ha sido señalado, con el instrumento arribado; aun cuando haya sido presentado con todas las formalidades contenidas en el reglamento interno, en tanto los títulos ejecutivos no nacen por convención de las partes, sino por disposición de la ley" **(14)**

Estas posturas en el fuero mercantil encuentran oposición en la jurisprudencia del fuero civil, donde convenciones de ejecutividad en reglamentos internos de emprendimientos creados como asociaciones, o por el régimen de división de geodesia, fueron receptados y aceptados a través de la vía procesal del cobro ejecutivo. Esto es a raíz de una interpretación simplista y concreta del nuevo ordenamiento, en donde se afirmó que los conjuntos inmobiliarios, sin acto formal de adecuación y desde que entró en vigencia el nuevo régimen pueden ejecutar las

expensas **(15)**. En tal sentido la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala “A” dispuso que “la vía ejecutiva se encuentra establecida en el Reglamento Interno agregado a la causa por la parte ejecutante (...) el Código Civil y Comercial de la Nación, en su art. 2075, dispone que los conjuntos inmobiliarios deben someterse a la normativa del derecho real de propiedad horizontal (...) De ello se colige, que resulta plenamente aplicable en la especie el art. 524 del Código Procesal” **(16)**.

En idéntico sentido se expidió la Sala G de dicho fuero, al pronunciar que la vía ejecutiva se encuentra establecida en el reglamento interno agregado en el juicio y que, si bien había sido negado por el demandado, ello excedía las discusiones que se realizan en el proceso ejecutivo: “(...) está entendido que la finalidad del juicio ejecutivo no consiste en lograr un pronunciamiento judicial que declare la existencia o inexistencia de un derecho sustancial incierto, sino en obtener la satisfacción de un crédito que la ley presume existente en virtud de la peculiar modalidad que reviste el documento que lo comprueba. De resultas de ello, el art. 544, inc. 4o, última parte, del Código Procesal se pronuncia por la inadmisibilidad del planteo si no se ha negado la existencia de la deuda, en tanto que la defensa deberá limitarse a la discusión de las cuestiones que hagan a la validez extrínseca del título, sin que resulte procedente discutir la legitimidad de la causa tal como sostiene el magistrado de grado” **(17)**

Corolario de lo expuesto, no existe aún un criterio en cuanto a la competencia si debe entender el fuero civil -donde aceptaría el cobro ejecutivo- o el fuero comercial -el cual rechazaría el cobro ejecutivo-, más allá de lo resuelto por la Corte Suprema en el fallo “Club de Campo Haras del Sur SA” **(18)** declinando la cuestión ejecutiva hacia el fuero comercial. Habrá que esperar si el Máximo Tribunal mantiene esta postura.

## VII. Conclusiones pertinentes

Como palabras de cierre, puedo decir que hay certeza de que la consagración de los conjuntos inmobiliarios como una nueva figura jurídica era algo que la sociedad imploraba con urgencia; su analogía y remisión de normas a la propiedad horizontal es un claro acierto por parte del legislador ya que no existen prácticamente lagunas legales en este nuevo derecho real.

Es por lo expuesto anteriormente, que no se observan complicaciones jurídicas para los próximos emprendimientos urbanísticos, no obstante ello, no puedo mencionar lo mismo para los preexistentes. Es así que, el único punto de relevancia que debe ser revisado y esclarecido por el

legislador es el sistema de ejecución de expensas por parte de conjuntos inmobiliarios no adecuados, es deseable normas complementarias para la adecuación y la transición del sistema anterior al actual derecho real.

En fin, comprendo que lo que se busca obtener con el actual marco legal es armonizar la situación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes y de esta manera aplicar un régimen legal único y uniforme para todos los emprendimientos urbanísticos, otorgándoles seguridad jurídica y prerrogativas legales.

\*\*\*\*\*

---

*(\*) Abogado y Doctorando en Ciencias Jurídicas por la Universidad de Morón. Posgraduado Docente Superior Universitario y Posgraduado en Herramientas TICs (UM). Director del Instituto de Derechos Reales y Director Adjunto del Instituto de Contratos en el Colegio de Abogados de Morón. Adjunto Regular por concurso de Derecho Civil IV en la Facultad de Derecho y Adjunto de Ingeniería Legal y Ejercicio Profesional en la Facultad de Ingeniería ambos en la Universidad de Morón. Disertante. Conferencista. Autor de diferentes artículos y publicaciones académicas*

### Notas

(1) Artículo 2073 CCyC “Concepto. Son conjuntos inmobiliarios los clubes de campo, barrios cerrados o privados, parques industriales, empresariales o náuticos, o cualquier otro emprendimiento urbanístico independientemente del destino de vivienda permanente o temporaria, laboral, comercial o empresarial que tenga, comprendidos asimismo aquellos que contemplan usos mixtos, con arreglo a lo dispuesto en las normas administrativas locales”

(2) MARIANI de VIDAL, Marina y ABELLA, Adriana, “Clubes de campo y barrios cerrados”, Heliasta, Buenos Aires, 2009.-

(3) ABELLA, Adriana N. y MARIANI de VIDAL, Marina, expresan “(...) es un derecho de propiedad horizontal especial porque, a diferencia del régimen de la propiedad horizontal común: a) el nuevo Código dispone que las unidades privativas pueden hallarse construidas o en proceso de construcción (artículo 2077); b) porque se determina que solo “son necesariamente comunes las partes y lugares del terreno destinados a vías de circulación, acceso y comunicación, áreas específicas destinadas al desarrollo de actividades deportivas, recreativas y sociales” (artículo 2076); y c) porque se da cabida al derecho de admisión al regular la “transmisión de unidades” en el artículo 2085.” “Conjuntos inmobiliarios en el Código Civil y Comercial con especial referencia a los preexistentes”, La Ley, Buenos Aires, cita online AR/DOC/677/2015, Abril de 2015.-

(4) KIPER, Claudio, “Tratado de Derechos Reales”, Rubinzal – Culzoni Editores, Santa Fe, 2016, Tomo I p. 714.-

(5) CORNA, Pablo M. y AMESTOY, Paola K., “Conjuntos Inmobiliarios”, Rev. de Derechos Reales nro. 13 – Abril 2016, cita IJ-XCVI-97, IJ Editores.-

(6) TANZI, Silvia Yolanda, CORNA, Pablo María y FOSSACECA, Carlos Alberto (h)., “¿Cómo se aplica el artículo 7 del Código Civil y Comercial de la Nación en el ámbito de la responsabilidad civil, los derechos reales y los privilegios?”, Rev. de Derechos Reales nro. 17 – Julio 2017, cita IJ-CCCLXXVI-658, IJ Editores.-

(7) Abella y Mariani de Vidal pregonan que “la exigencia de adecuación, impuesta por el art. 2075, último párrafo, relativamente a los

conjuntos inmobiliarios preexistentes a la entrada en vigencia del nuevo Código, impresiona como de muy dudosa constitucionalidad, lesiva de la garantía de la propiedad (art. 17, Constitución Nacional) e incluso contraria a lo dispuesto por el art. 7 del propio Código. En efecto, si el conjunto inmobiliario fue creado con arreglo a las normas en vigor en momento anterior, tal creación constituye una situación jurídica consolidada. Y al amparo de esa situación jurídica consolidada se habrán generado derechos incorporados a los respectivos patrimonios (del propio conjunto inmobiliario y de sus integrantes). Tales derechos no pueden ser modificados –ni se puede obligar a sustituirlos por otros–, aun cuando se entienda que el régimen de los derechos reales es de orden público (arg. art. 1884 del nuevo Código). Porque ello querría decir que, al afectarse la constitución de una situación jurídica que tuvo lugar con anterioridad, el legislador ha dotado a los nuevos dispositivos de efecto retroactivo en un ámbito en el que le está vedado avanzar, que es el de los derechos amparados por garantías constitucionales (art. 17, Constitución Nacional; art. 7 Código Civil y Comercial de la Nación)” ABELLA, Adriana N. y MARIANI de VIDAL, Marina, obs. cits. [cfr. nota iii].-

(8) CORNA, Pablo María y FOSSACECA, Carlos Alberto, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios preexistentes”, Rev. de Derechos Reales nro. 18 – Noviembre 2017, cita J-CDLXXXII-948, IJ Editores.-

(9) Artículo 2081 CCyC “Gastos y contribuciones. Los propietarios están obligados a pagar las expensas, gastos y erogaciones comunes para el correcto mantenimiento y funcionamiento del conjunto inmobiliario en la proporción que a tal efecto establece el reglamento de propiedad horizontal. Dicho reglamento puede determinar otras contribuciones distintas a las expensas legalmente previstas, en caso de utilización de ventajas, servicios e instalaciones comunes por familiares e invitados de los titulares.”

(10) LLAMBIAS, Jorge Joaquín, “Tratado de Derecho Civil. Obligaciones”, 2da. Edición, Editorial Abeledo Perrot, Bs. As., 1973, Tomo I p. 24.

(11) Kiper opina que el “ artículo es un verdadero acierto, pues agrega obligados, lo que está muy bien. Según la ley 13.512 el único obligado era el titular (o cotitulares) del derecho real de propiedad horizontal, y si éste pactaba con terceros que debían hacerse cargo, tales contratos eran inoponibles al consorcio. Ahora se prevé legalmente que hay otro obligados” KIPER, Claudio, obs. cits. [cfr. nota iv].-

(12) La Liga del Consorcista siempre se opuso a que el administrador sea el que expida el certificado de deuda de expensas para el cobro ejecutivo.

(13) CNCCom., Sala C, 13/10/2016, “Altos de los Polvorines SA c/ Castaño, Mariana s/ ejecutivo”, elDial.com, AA9A2E; La Ley, 28/12/2016, t. 2017-A, p. 132, y 22/3/2017, t. 2017-B, p. 143; Revista Código Civil y Comercial, marzo 2017, p. 222.

(14) CNCCom., Sala E, 25/11/2015, “Club El Carmen SA c/ Bambara, Carlos Alberto s/ ejecutivo”, expediente COM 018204/2015/CA001

(15) LINARES DE URRUTIGOITY, Martha, “Adecuación de los conjuntos inmobiliarios”, en La Ley, Buenos Aires, La Ley, 29/6/2017, y en Revista Código Civil y Comercial, Buenos Aires, La Ley, agosto 2017, cita online: AR/DOC/1086/2017.

(16) CNCiv., Sala A, 28/8/2015, “Lagunas del Polo Barrio Cerrado SA c/ G. L. G. s/ ejecución de expensas”, La Ley, 1/12/2015, t. 2015-F, p. 391; Doctrina Judicial, 9/3/2016; Revista Código Civil y Comercial, diciembre 2015, p. 192; cita online: AR/JUR/35901/2015; Jurisprudencia Argentina, t. 2015-IV, p. 412

(17) CNCiv., Sala G, 3/4/2017, “C. D. C. H. D. S. II SA c/ A., S. C. y otros s/ ejecución de expensas”

(18) CSJN, 23/10/2007, “Club de Campo Haras del Sur SA c/ Simone, Pablo s/ ejecutivo” elDial.com, AA427D; La Ley, 15/11/2007 y 29/11/2007, t. 2007-F, p. 684; Doctrina Judicial, t. 2007-III, p. 118; cita online: AR/JUR/6658/2007.-

---



## Condominio con Indivisión Forzosa - Con especial referencia a la Medianería

por Dr. Martín Darío Benítez (\*)

Sumario: I. Intención de estas palabras.- II. Breve introducción al Derecho Real.- III. Marco Legal de los Conjuntos Inmobiliarios.- IV. Adecuación.- V. Régimen de Expensas.- VI. Juicio Ejecutivo de Expensas en los Conjuntos Inmobiliarios.- VII. Conclusiones pertinentes.-

### I. Introducción

Dedicaré las próximas líneas a referirme a las cuestiones atinentes a lo que habitualmente denomina “medianería”, figura que desde su faz jurídica es calificada como “condominio de muros”.

Lo expresado en el párrafo precedente tiene por objeto circunscribir la temática de este ensayo a dicho tópico, excluyendo otros aspectos del condominio que no se vinculan directamente con los muros que dividen dos heredades que pertenecen a distintos dueños.

A los fines propuestos, en una primera etapa, el lector encontrará el análisis del concepto legal de condominio y sus principales características; en una segunda etapa, los tipos de condominio previstos en el Código Civil y Comercial; y en la tercera, y más importante, etapa, el abordaje específico de la medianería.

### II. Concepto legal de condominio

El art. 1983 del Cód. Civ. y Com. define al condominio como “... el derecho real de propiedad sobre una cosa que pertenece en común a varias personas y que corresponde a cada una por una parte indivisa...”

Es criticable el uso del término “propiedad”, por su amplitud. En efecto, “propiedad” representa el género de todos los derechos patrimoniales, principiando por el art. 17 de la Const. Nac. **(1)**

Por ello, se señala que “... importa una referencia muy vaga, pues todos los derechos reales tienen contenido patrimonial”. **(2)**

Continúa diciendo el precepto que la cosa “... pertenece en común a varias personas...”. Este aspecto resulta relevante, en virtud de que la concurrencia de dos o más personas es lo que distingue a este derecho real del

dominio, eliminando así el rasgo de exclusividad que impera en este último.

La definición legal finaliza disponiendo que la cosa pertenece a cada persona “... por una parte indivisa”. Es que el ejercicio del derecho de cada condómino no es sobre una parte material de la cosa, sino sobre cuota parte del total de ella.

#### II.a.- Algunas reflexiones sobre la definición legal

A lo largo del tiempo, ha sido ardua la labor del legislador y de la doctrina por tratar de encontrar una definición que satisfaga acabadamente la comprensión de este derecho real.

Al igual que su antecesor, el nuevo Código Civil y Comercial comienza diciendo que se trata de “un derecho real de propiedad”. Sin embargo, es sabido que el término “propiedad” tiene un espectro de implicancia mucho más extenso que el de los derechos reales, cuyo objeto está limitado a las cosas y excepcionalmente a los derechos. Así, por ejemplo, en la propiedad intelectual, puede existir copropiedad y no por ello, estaremos frente a un condominio; lo mismo sucede a la cotitularidad sobre cuentas bancarias.

Más allá de las complejidades reseñadas, es indudable que el condominio se mueve en la esfera del dominio, pero con la concurrencia de dos o más titulares sobre la cosa o las cosas que constituyen su objeto, correspondiendo a cada uno de ellos una parte indivisa. De allí que el desafío del legislador es regular la conducta de los condóminos entre sí y frente a terceros.

### III. Constitución

El condominio reconoce como fuente de su constitución al contrato, la ley, las disposiciones de última voluntad y la prescripción adquisitiva.

Los supuestos de adquisición por contrato son muchos, y van desde la compraventa y la donación en donde los adquirentes son varias personas hasta la dación en pago en donde varios acreedores acuerdan recibir en común una cosa en sustitución de la prestación debida y como extintiva de la obligación.

En la adquisición de inmuebles por actos entre vivos se requiere la concurrencia de título y modo suficientes, así como inscripción registral, con los alcances y efectos previstos en los arts. 1892 y 1893 del Cód. Civ. y Com.

En el supuesto de cosas muebles no registrables, su adquisición viene dada por mero efecto de la ley (art. 1895, Cód. Civ. y Com.)

En tanto que en las cosas registrables, por caso los automotores, el condominio queda configurado luego de la inscripción registral, que tiene efectos constitutivos.

El causante por testamento puede designar a dos o más personas como titulares de la misma cosa.

Finalmente, desde que el art. 1912 del Cód. Civ y Com. permite la coposesión, si se cumplen los requisitos exigidos por la ley de fondo, también podría consumarse el condominio por prescripción adquisitiva breve o larga.

#### **IV. Elementos característicos**

Los elementos que caracterizan y permiten identificar al condominio son tres: a) unidad de objeto, b) pluralidad de sujetos, c) ejercicio de los derechos de cada copropietario sobre una parte indivisa de la cosa.

##### **IV.a. Unidad de objeto**

El condominio recae sobre un objeto común, es decir que la misma cosa pertenece de manea colectiva a dos o más personas; de allí que los arts. 1985, 1986, 1987 y 1988 del Cód. Civ. y Com. regulen las modalidades sobre el uso y goce que sobre la misma cosa poseen los condóminos.

##### **IV.b. Pluralidad de sujetos**

Este es el elemento que distingue al condominio del dominio, pues el segundo, por imperio de la exclusividad, solo reconoce un único titular.

##### **IV.c. Existencia de cuotas ideales:**

El derecho de cada copropietario se patentiza en partes indivisas o ideales; es decir que su ejercicio no se vincula con una parte material de la cosa, sino en un porcentaje sobre toda la cosa. En la vida de relación, suelen aparecer situaciones en las que, por ejemplo, dos condóminos fraccionan el inmueble en dos, edificando en cada fracción la vivienda de cada uno de estos; ello no debe llevar a la confusión de que cada condómino es titular de la fracción que posee, pues lo que ha sucedido en tal circunstancia es que ambas personas han acordado el uso exclusivo de una parte material de la cosa, pero ambas conservan su parte indivisa sobre la totalidad de la finca.

El art. 1983 in fine dispone que las partes indivisas de los condóminos "... se presumen iguales, excepto que la ley o el título dispongan otra proporción".

#### **V. Disposiciones generales.**

Bajo este nombre, en el Capítulo I del Título IV del Libro IV del Código Civil y Comercial se consagran reglas y

presunciones aplicables al condominio, directivas que según los Fundamentos del Anteproyecto están destinadas a aquel sin indivisión forzosa. A pesar de ello, en ninguna disposición del Capítulo citado se impone tal limitación.

Como es sabido, las notas y fundamentos que acompañan un proyecto de ley no constituyen ley vigente y por ende tampoco son vinculantes; es por este motivo que, más allá de lo que se haya informado, el sistema jurídico consagrado entre los artículos 1983 y 1992 del Cód. Civ. y Com. será aplicable tanto al condominio sin indivisión forzosa como aquel con indivisión forzosa, solución incluso dispuesta en el art. 1984 del cuerpo legal, en la medida que su aplicación guarde relación con la figura jurídica de que se trate.

#### **VI. Presunción de igualdad**

Las alícuotas de los comuneros se presumen iguales, salvo que el título o la ley indiquen lo contrario art. 1983 in fine, Cód. Civ y Com.). Al aludir al título, el precepto remite al convenio sobre alícuotas que pacten los condóminos al momento de la constitución del derecho real.

Con referencia a la prescripción legal, contamos con varios supuestos en los que la norma consagra proporciones inmodificables, tales como el condominio por confusión de límites, como el condominio de muros.

##### **VI.a. Disposiciones del condominio aplicables a figuras afines de manera subsidiaria**

Ante la ausencia de una convención o una ley especial, la normativa del derecho real en estudio se aplica subsidiariamente a todo supuesto de comunión de derechos reales o de otros bienes (art. 1984, Cód. Civ. y Com.), por ejemplo, a la comunidad hereditaria, o en materia de propiedad intelectual, a las obras en colaboración.

##### **VI.b. Reglas del dominio aplicables al condominio**

La legislación del dominio rige en el condominio cuando no exista legislación especial.

#### **VII. Tipos de condominio**

Nuestro ordenamiento jurídico consagra dos clases de condominio: a) sin indivisión forzosa y b) con indivisión forzosa.

El primero de ellos permite a cualquiera de los condóminos, sin consideración a la importancia de su cuota parte, peticionar la división sin que pueda mediar oposición del resto de los integrantes. El segundo de ellos consiste en

la imposibilidad – temporaria o perdurable - de pedir la división del régimen de comunidad.

## **VIII. Tipos de indivisión**

### **VIII.a. Indivisión legal**

Constituyen supuestos de indivisión impuestos legalmente el condominio sobre accesorios indispensables (arts. 2004 y 2005, Cód. Civ. y Com.), el condominio sobre muros, cercos y fosos (art. 2006 y subsig. Cód. Civ. y Com.), el condominio fiduciario de indivisión forzosa (art. 1688, Cód. Civ. y Com.), y el condómino sobre cosas y partes comunes de los inmuebles sometidos al derecho real de propiedad horizontal. Como ya predicara al inicio de este artículo, me avocaré exclusivamente al condominio de muros.

### **VIII.b. Convenios de indivisión.**

Entran en esta categoría el pacto de indivisión de los comuneros por un plazo no mayor de 10 años (art. 2000, Cód. Civ. y Com.) y las cláusulas de inenajenabilidad por un plazo máximo de diez años impuesta en un acto a título gratuito, cuando se transmite la cosa a dos o más adquirentes (art. 1972, Cód. Civ. y Com.).

### **VIII.c. Indivisión impuesta por testamento**

Se incluye la indivisión de la herencia o de un bien determinado impuesta por el testador por un plazo que no exceda de diez años (art. 2330, Cód. Civ. y Com.).

### **VIII.d. Orden judicial de indivisión**

Tal facultad judicial está prevista para los casos en que la partición es nociva, por un plazo de 5 años (art. 2001, Cód. Civ. y Com.).

### **VIII.e. Indivisión temporaria**

En este supuesto, la indivisión tiene un lapso fatal de vigencia. Forman parte de esta categoría el condominio fiduciario de indivisión forzosa, el pacto de indivisión celebrado por los condóminos, las cláusulas de inenajenabilidad en los actos a título gratuito, y la indivisión impuesta judicialmente cuando la partición es nociva índole que constituye una unidad económica

### **VIII.f. Indivisión perdurable**

Quedan incluidos el condominio sobre accesorios indispensables, el condominio de muros, cercos o fosos, y el condominio sobre cosas y partes comunes en la propiedad horizontal.

## **IX. Condominio sobre muros (medianería) - Nociones generales**

La cuestión en estudio nos sumerge en la regulación legal de los muros que dividen, encierran y delimitan dos inmuebles colindantes. Este presupuesto de hecho es por excelencia el condominio de indivisión forzosa legal.

Algunos autores lo denominan “medianería” **(3)** con el fin de utilizar un lenguaje que se vincule más con la faz práctica de su figura, pues el tema en estudio nos introduce en un mundo en el cual es moneda corriente su implicancia en la vida de relación vecinal, y que entremezcla distintas incumbencias, en la que conviven arquitectos, agrimensores y abogados, entre otros profesionales. De allí la proliferación de normas locales, las que, como veremos más adelante, a veces se contraponen con las contenidas en el Cód. Civ. y Com.

En este orden de ideas, a poco de andar, no resultará novedosa para el lector la existencia de numerosos conflictos originados a raíz de las paredes que dividen dos inmuebles colindantes, los que habitualmente desembocan en reclamos de índole municipal, antes que en la esfera judicial, en aras de una rápida solución.

### **IX.b. Recepción legislativa**

El condominio sobre muros aparece regulado en el Capítulo 5 – Sección 2º - del Título IV del Libro IV del Cód. Civ. y Com. Una simple lectura alcanzará para advertir la relevancia que reviste esta figura para el legislador, al punto tal que su regulación comprende más artículos (en total son 30) que todas los demás relativos al condominio.

## **X. Esquemmatización**

El art. 2006 del Cód. Civ. y Com. se encarga de denominar y conceptualizar los distintos tipos de muros en los ocho incisos que contiene el precepto. A fin de establecer los supuestos posibles, el punto de partida es el eje divisorio que delimita y separa una finca de la otra. A partir de dicho eje divisorio, de acuerdo a la ubicación de la pared en relación al límite separativo, y quien la haya construido o que efectos se atribuyan legalmente, es posible conocer frente a qué tipo de muro estamos.

A fin de una más sencilla comprensión, se clasifica a las paredes divisorias en dos sentidos: desde el punto vista físico y desde el punto de vista jurídico.

## **XI. Muros desde el punto de vista físico**

Estos tipos de muros se relacionan con su ubicación material tomando como base la línea separativa de los dos fundos linderos. En el marco de lo expuesto, se denomina:

- encaballado: al lindero que se asienta parcialmente en cada uno de los inmuebles colindantes;
- contiguo: al lindero que se asienta totalmente en uno de los inmuebles colindantes, de modo que el filo coincide con el límite separativo.

Téngase en cuenta que la ubicación del muro en relación al límite separativo no implica la atribución de derechos ni la determinación de titularidad en favor de alguno de los propietarios de los inmuebles colindantes.

## **XII. Muros desde el punto de vista jurídico**

Se denomina así a aquellos a los que la ley les atribuye consecuencias jurídicas en orden a su titularidad exclusiva o la consagración legal de un condominio, o cuando su obligatoriedad de construcción obedece a una facultad-deber. Ellos son:

- medianero: al lindero que es común y pertenece en condominio a ambos colindantes;
- privativo o exclusivo: al lindero que pertenece a uno solo de los colindantes;
- de cerramiento: al lindero de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo;

## **XIII. Supuesto especial de la pared próxima**

Se utiliza tal vocablo para identificar a muro que se asienta íntegramente en un inmueble, y que no toca con el eje divisorio de los inmuebles colindantes. La pared próxima, como premisa, no es objeto de regulación legal, pues al estar asentada de manera exclusiva en un solo fundo, su titularidad no está discutida, ya que pertenece al titular de dominio del inmueble sobre el que fue edificada.

Sin embargo, cuando el espacio remanente entre el límite separativo y el muro es escaso, se plantea el interrogante sobre la necesidad de construir un nuevo muro que cumpla la finalidad de separar una heredad de otra.

Los Alterini expresan que "...si la distancia entre el muro próximo y la línea divisoria fuera mínimamente significa no podrá desecharse que pueda invocarse exitosamente la existencia de un abuso del derecho y que se procure judicialmente la remoción de los efectos antifuncionales, en atención a los valores económicos en juego". **(4)**

Mariani de Vidal y Abella sostienen que "... cuando el espacio dejado por el vecino entre la pared y el límite fuera insignificante al punto que careciera de utilidad alguna para él, cabría preguntarse si no sería posible exigir la cesión del

muro y del terreno que queda entre los límites de los terrenos y ese muro..." **(5)**

Entiendo que en la conjunción de ambas posturas está la mejor solución posible. En efecto, obligar a construir un nuevo muro, que probablemente queda adosado al ya levantado, ningún beneficio redundaría para ninguna de las partes involucradas y tampoco modificaría la situación de hecho existente, por lo que estaríamos claramente ante un supuesto de abuso de derecho.

Tomando como premisa lo expresado en el párrafo anterior, la solución jurídica estaría dada por la cesión de derechos en favor del titular del inmueble que ha ganado la pequeña fracción de terreno, contra el pago por parte de aquel de una suma de dinero proporcional a la fracción cedida.

## **XIV. Muro de cerramiento forzoso**

### **XIV.a. El cerramiento forzoso como derecho-deber**

Si bien el art. 1944 del Cód. Civ. y Com dispone que el titular de dominio puede "... encerrar sus inmuebles con muros, cercos o fosos, sujetándose a las normas locales", tal derecho se vuelve un deber cuando el inmueble se ubica en una zona urbana, conforme lo impone el art. 2007, que reza "Cada uno de los propietarios de inmuebles ubicados en un núcleo de población o en sus arrabales tiene frente al titular colindante, el derecho y la obligación recíprocos, de construir un muro lindero de cerramiento, al que puede encaballar en el inmueble colindante, hasta la mitad de su espesor". Es por ello que en este tipo de muro estamos frente a lo que denominamos un derecho-deber, en virtud no solo de la facultad del sujeto de encerrar su inmueble frente al colindante, sino que es la propia ley la que a su vez lo obliga hacerlo cuando aquel está situado en un núcleo de población o en sus arrabales.

### **XIV.b. Legitimación activa**

Aunque el Cód. Civ. y Com. no precisa quienes están legitimados para proceder a la construcción, a tenor del art. 2009 que consagra la existencia de un condominio en el muro de cerramiento forzoso desde su edificación, es posible colegir que ostentan la legitimación activa quienes son titulares de derechos reales sobre cosa propia con facultad de usar, gozar y disponer de ella, es decir: los titulares de los derechos reales de dominio, condominio, propiedad horizontal, conjuntos inmobiliarios y superficie.

### **XIV.c. Recaudos para la construcción**

El art. 2008 del Código enuncia lo siguiente: "Muro de cerramiento forzoso. El muro de cerramiento forzoso debe

ser estable, aislante y de altura no menor a tres metros contados desde la intersección del límite con la superficie de los inmuebles. Esta medida es subsidiaria de las que disponen las reglamentaciones locales”. El nuevo cuerpo legal elimina la exigencia de la medida de espesor de la pared prevista en el art. 2627 del Cod. Civ. derogado. No obstante lo expuesto, la última oración del precepto dispone que su regulación es subsidiaria de lo que hayan establecido las normas locales, por lo que la determinación de la altura y espesor de la pared es una competencia eminentemente municipal.

#### **XIV.d. Nacimiento del condominio**

Superando todas las controversias que se suscitaron en torno al momento del nacimiento de la medianería, el art. 2009 del Cód. Civ. y Com consagra su constitución ipso iure desde la construcción del muro; dice la norma: “El muro construido conforme a lo dispuesto en el artículo 2008 es medianero hasta la altura de tres metros...”.

Atento lo expresado en el párrafo precedente, el condominio sobre el muro de cerramiento forzoso queda constituido desde su misma construcción, independientemente de quien la haya hecho.

#### **XIV.e. Asiento del muro de cerramiento forzoso**

La atribución de derechos sobre el muro no depende de su ubicación en relación límite separativo; de allí que en el muro de cerramiento forzoso, quien lo edifica puede hacerlo como contiguo o encaballado pudiendo “... encaballar en el inmueble colindante, hasta la mitad de su espesor” (art. 2007, Cód. Civ. y Com.); esta autorización legal que faculta al vecino constructor a extender la mitad de la pared sobre el fundo contiguo es atendible, pues quien no lo edifica se beneficia, de todos modos, en orden a la necesidad legal de su construcción (art. 2007, Cód. Civ. y Com.) al nacimiento de la medianería por mero efecto de la ley (art. 2009, Cód. Civ. y Com.)

#### **XIV.f. Obligación de contribuir con los gastos de construcción. Abdicación**

De manera preliminar, apunto que la naturaleza jurídica de la obligación de contribuir con los gastos de construcción es de las denominadas “ambulatorias” o “propter rem” (del juego armónico de los arts. 2014 y 2030 del Cód. Civ. y Com.)

Quien construyó el muro de cerramiento forzoso goza del derecho de exigir de su vecino la contribución con los gastos que demande la edificación del muro. Tal derecho puede ser ejercido desde la época misma es que se da inicio a la obra.

Ante el emplazamiento, el titular del inmueble colindante puede optar por colaborar con los gastos de edificación o puede abdicar su derecho a la medianería “... aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso...”, según la permisión del art. 2028 del Cód. Civ. y Com. Sin embargo, de acuerdo al mismo precepto, la abdicación no es posible si el muro es parte de una construcción o la deuda se originó en un hecho propio de quien pretende renunciar.

La abdicación - que constituye lisa y llanamente una renuncia o abandono - “... implica enajenar todo derecho sobre el muro y el terreno en el que se asienta”. (art. 2029, Cód. Civ. y Com.). Sin embargo, no es irrevocable, ya que el art. 2030 del Cód. Civ. y Com. faculta al abdicante a readquirir la medianera en cualquier tiempo.

#### **XIV.g. Prescripción liberatoria de la acción de cobro de medianería**

Tratándose el derecho al cobro de un crédito, como tal está sujeto a la prescripción liberatoria que puede oponer el deudor.

Nuestro Cód. Cv. y Com. no ha previsto un plazo especial de prescripción liberatoria para el supuesto en estudio, por lo tanto rige el plazo genérico de 5 años enunciado en su art. 2560.

A su vez, el art. 2020 del Cód. Civ. y Com. dispone que el curso de la prescripción liberatoria comienza a correr “... desde el comienzo de su construcción...”. Si bien no nos convence la solución seguida por el legislador, ya que implica agregar una carga adicional a quien construye el muro de tener que realizar actos que impidan el cumplimiento del plazo extintivo, la previsión legal es clara sobre el puntapié inicial para el cómputo del plazo. Habría sido aconsejable establecer como regla que el término de prescripción liberatoria comienza a correr desde que el vecino se sirve de la pared.

#### **XIV.h. Valor de la medianería**

Dependiendo de si se trata de un muro contiguo o encaballado, será el alcance de lo que debe pagar quien no construyó el muro. Por ello, el art. 2014 del Cód. Civ. y Com. dispone que “El que construye el muro de cerramiento contiguo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del terreno, del muro y de sus cimientos. Si lo construye encaballado, sólo puede exigir la mitad del valor del muro y de sus cimientos”.

Asimismo, el valor computable de lo que debe pagarse es el que corresponde a la fecha de mora (art. 2019, Cód. Civ. y Com.). Algunos autores sostienen que la mora no es automática. No me convence tal tesis, pues en

nuestro régimen legal, la mora automática es la regla (art. 886, Cód. Civ. y Com.). Sumado a ello, el plazo para el cumplimiento del pago está determinado en el art. 2020, Cód. Civ. y Com., pues no sería razonable que respecto del deudor comience a correr en su favor la prescripción liberatoria y no obstante ello, no se lo considere constituido en mora en la misma fecha. Finalmente, si el legislador hubiese pretendido introducir una excepción a la premisa consagrada en el art. 886 del Cód. Civ. y Com., lo habría hecho expresamente, y como vemos, ello no acontece en este caso.

De esta manera, y atento los lineamientos expuestos ut supra, el valor de la medianería se computa a la fecha de mora, la que opera de manera automática y que, conforme la hermenéutica hecha, desde al inicio de la construcción del muro. **(6)**

### **XV. Muro privativo**

En atención a la constitución legal del condominio de cerramiento forzoso en zonas urbanas dispuesta por el art. 2007 del Cód. Civ. y Com., la implicancia del muro privativo ha quedado recudida a aquellos de elevación y enterrados (arts. 2016 y 2017 del Cód. Civ. y Com.) y a los casos en los que el titular colindante ha abdicado su derecho aún en el cerramiento forzoso (art. 2028, Cód. Civ. y Com.). Respecto de este último, recuérdese que una vez producido el abandono, se vuelve privativo hasta que se readquiera la medianera.

### **XVI. Muro de elevación**

Sabido es que hasta los tres metros, el muro es medianero (art. 2008, Cód. Civ. y Com.), por lo que a partir de esa altura, pasa a ser privativo de quien realiza la sobre elevación. No obstante, el art 2010 del Cód. Civ. y Com. establece como presunción que “ A menos que se pruebe lo contrario, el muro lindero entre dos edificios de una altura mayor a los tres metros, se presume medianero desde esa altura hasta la línea común de elevación. A partir de esa altura se presume privativo del dueño del edificio más alto”. La norma conlleva una doble presunción, y en ambos casos iuris tantum. En el primer caso, si ambos heredades tienen una altura mayor a los tres metros, hasta la altura común es medianero. En el segundo caso, la finca que tiene una altura mayor, el muro privativo a partir de la línea común.

Téngase en cuenta la fecha de presunción contemplada en el art. 2011 del cuerpo legal.

### **XVII. Muro enterrado.**

Debo comenzar diciendo que la extensión hacia el subsuelo del muro medianero en lo que sea necesario para garantizar su estabilidad y seguridad, prolonga el condominio sobre aquel. Dicho ello, si bien nuestro régimen civil no contiene una norma que expresamente señale a partir de qué profundidad el muro enterrado es privativo, podemos extraer su previsión en orden a lo normado por el art. 2017 in fine del Cód. Civ. y Com. cuando esgrime “... quien prolonga el muro preexistente en profundidad mayor que la requerida para su cimentación”, es decir que la cimentación es el límite de la medianería y partir de esa profundidad, se considera privativo. Son muchos los ejemplos en los que podemos observar muros enterrados más allá de los cimientos, tales como garajes subterráneos, bodegas subterráneas, bauleras, incluso locales comerciales.

### **XVIII. Disposiciones comunes al muro enterrado y de elevación**

#### **XVIII.a. Adquisición.**

Quien pretende adquirir un muro privativo debe pagarlo tal como está construido, así lo dispone el art. 2016 del Cód. Civ. y Cm.: “El titular colindante de un muro de elevación o enterrado, sólo tiene derecho a adquirir la medianería como está construido, aunque exceda los estándares del lugar”. Claro está, una vez pagado el precio, pasa ser condómino.

Ahora bien, si en el caso del muro de cerramiento forzoso, quien lo edifica puede reclamar la contribución o reembolso de gastos desde el inicio de la obra, en el muro privativo “... sólo tiene derecho a reclamar al titular colindante la mitad del valor del muro, desde que éste lo utilice efectivamente para sus fines específicos...”

Hago notar que la facultad del constructor de intimar al colindante el pago de la mitad del valor de la pared no implica su adquisición por parte de este último (en carácter de condómino), pues el valor del muro en términos de los gastos que irrogó su construcción no equivale a su valor de compra. La tesis que sostenemos está reforzada por el art. 2018 del Cód. Civ. y Com. en tanto dispone que “El titular colindante tiene la obligación de pagar el muro (...) de elevación sólo en la parte que utilice efectivamente”. A título ejemplificativo, expresamos lo siguiente: cuando el titular de un inmueble le introduce mejoras, adiciona ambientes, realiza modificaciones, etc. al momento de ofrecerlo en venta, no pretende solo el pago de lo invertido, sino un precio mayor que represente el valor agregado que ostenta

la finca luego de las mejoras; lo mismo ocurre con los muros divisorios.

#### **XVIII.b. Prescripción liberatoria.**

En igual sentido al reglado sobre el momento a partir del cual nace el derecho de reclamar el reembolso, en torno a la prescripción liberatoria de la acción de reembolso, el art. 2020 del Cód. Civ. y Com puntualiza que “El curso de la prescripción de la acción de cobro (...) se inicia (...) respecto al de elevación o al enterrado, desde su utilización efectiva por el titular colindante”.

#### **XVIII.c. Mora**

Lo que dijera sobre la aplicación de la mora automática en el muro de cerramiento forzoso resulta aplicable al privativo, con la diferencia de que en este último opera a partir de la efectiva utilización de la pared (arg. art. 2020, Cód. Civ. y Com.).

### **XIX. Algunas disposiciones particulares**

#### **XIX.a. Presunciones y prueba.**

Por encima de los tres metros, el muro se presume medianero hasta la altura común de las heredades linderas (art. 2010, Cód. Civ. y Com.), salvo prueba en contrario. En este sentido, tal presunción se cuenta desde la construcción del muro y subsiste aunque se destruya total o parcialmente (art. 2011, Cód. Civ. y Com.)

Sn embargo, la presunción de medianería cede “... cuando el muro separa patios, huertos y jardines de un edificio o a éstos entre sí” (art. 2012, Cód. Civ. y Com.).

Tanto para invocar la existencia de un muro privativo o de un muro medianero, como hacer caer la presunción legal, el art. 2013 del Cód. Civ. y Com. dispone que debe acreditarse por “... instrumento público o privado que contenga actos comunes a los dos titulares colindantes, o a sus antecesores, o surgir de signos materiales inequívocos”, en definitiva, la prueba debe provenir de un documento escrito o mediante rasgos materiales perceptibles a través de los sentidos que permitan determinar frente a que tipo de muro estamos

Si se diera la conjunción de ambos elementos probatorios, el precepto otorga prioridad a los títulos

#### **XIX.b. Erogaciones suntuarias para la construcción del muro**

El legislador ha buscado fijar pautas razonables para delimitar la medida de la obligación de reembolso de quien no construyó la pared de cerramiento forzoso; es por ello que el art. 2015 del Cód. Civ. y Com sienta el siguiente

principio respecto de aquel que tomó a su cargo la edificación del muro: “No puede reclamar el mayor valor originado por las características edilicias del muro y de sus cimientos, con relación a la estabilidad y aislación de agentes exteriores, que exceden los estándares del lugar”. Obsérvese que el texto no estipula un criterio uniforme, sino que remite a las características de la localidad en la que se asienta la pared; verbigracia, si es usual es determinado barrio la utilización por caso de piedra pórfido para la elevación de muros – cuyo costo es elevado en el mercado -, no podría oponerse el emplazado, pues tal material es común en la zona donde está situada la finca.

Lo expresado en el párrafo precedente rige también cuando se produce la readquisición de la medianera.

Ahora bien, si se trata de un muro de elevación o enterrado “El titular colindante de un muro de elevación o enterrado, sólo tiene derecho a adquirir la medianería como está construido, aunque exceda los estándares del lugar” (art. 2016, Cód. Civ. y Com.).

#### **XIX.c. Abdicación**

El art. 2028 del Cód. Civ. y Com. regula la abdicación – el Cód. Civ. derogado utilizaba el vocablo “abandono” – que aplica a todo tipo de muros. Dice el texto legal: “El condómino requerido para el pago de créditos originados por la construcción, conservación o reconstrucción de un muro, puede liberarse mediante la abdicación de su derecho de medianería aun en los lugares donde el cerramiento es forzoso, a menos que el muro forme parte de una construcción que le pertenece o la deuda se haya originado en un hecho propio” El ordenamiento no ha reglamentado ni la oportunidad ni la forma en la que debe formularse la abdicación. En cuanto a la oportunidad, pensamos que debe hacerse cuando el deudor es emplazado a través de la constitución en mora (art. 887 inc. a, Cód. Civ. y Com.); si guardo silencio frente al emplazamiento, pensamos que ello carrea la exigibilidad del crédito para el acreedor.

En cuanto a la forma, los Alterini puntualizan que “... el acto jurídico debería sujetarse a la exigencia escritural del art. 1017 inc. a)” (7). Comparto tal criterio; en efecto, atento los alcances impuestos a la abdicación por el art. 2029 del Cód. Civ y Com., la exigencia de la escritura pública deviene en ineludible. No obstante, pienso que el abandono podría acreditarse por otros medios de prueba (cfr. art. 1020, Cód. Civ. y Com.).

Sn perjuicio de la exégesis que se desprende de los arts. 2028 y 2029 del Cód. Civ. y Com. sería oportuno que se reglamentara una forma menos rigurosa y de instrumentación rápida, pues va de suyo que si el abdicante no pretende asumir los gastos de construcción, menos

tomará a su cargo gestiones y diligencias tendientes a instrumentar su decisión en escritura pública, obligando al constructor a recurrir al expediente judicial, con la demora y gastos que esto conlleva.

#### **XIX.d. Facultades materiales y prolongación del muro**

Para establecer las facultades materiales del titular colindante, debemos distinguir si se trata de un muro privativo o de un muro medianero. En el primer caso, sus atribuciones son amplísimas, solamente limitadas en la medida que atenten contra la solidez de la edificación, y ello es así pues al ser dueño exclusivo de la pared, es el único que puede servirse de ella.

En el segundo supuesto, también su poder de disposición material es extenso, pero en la medida de que el otro comunero disponga del mismo aprovechamiento.

El art. 2021 del Cód. Civ. y Com. es el encargado de regular esta materia: “El condómino puede adosar construcciones al muro, anclarlas en él, empotrar todo tipo de tirantes y abrir cavidades, aun en la totalidad de su espesor, siempre que del ejercicio regular de ese derecho no resulte peligro para la solidez del muro”; claro está que la casuística de la norma no es taxativa.

Si bien el texto transcrito solo establece como limitación la incolumidad de la solidez edilicia, sin aludir al ejercicio igualitario de derechos entre los condóminos, el art. 1986 del mismo cuerpo normativo, ubicado en las disposiciones generales, que enuncia que cada condómino no puede “... obstaculizar el ejercicio de iguales facultades por los restantes condóminos”. opera también para el condominio de muros; por ejemplo, si pretendo servirme del muro para apoyar tirantes con la finalidad de instalar un techo de madera y teja para cerrar un quincho, debo resguardar el derecho del propietario vecino a realizar la misma obra.

Dentro de las facultades materiales del medianero está la de prolongar la construcción del muro en profundidad y en altura “... a su costa, sin indemnizar al otro condómino por el mayor peso que cargue sobre el muro...” (art. 2022, Cód. Civ. y Com.). Tal extensión se convierte en privativa de quien la llevó adelante. En altura, será privativa a partir de los tres metros – o la menor medida prevista en las reglamentaciones locales -, y en profundidad, ya puntualizamos que será propia a partir de la cimentación (arg. art. 2017 in fine, Cód. Civ. y Com.)

#### **XIX.e. Mejoras**

El deber de atender las reparaciones urgentes y de mero mantenimiento está consagrado en el art. 2027 del

Cód. Civ. y Com., que recoge la máxima estipulada en el art. 1990. Dispone la norma: “Los condóminos están obligados, en la proporción de sus derechos, a pagar los gastos de reparaciones o reconstrucciones de la pared como mejoras necesarias, pero no están obligados si se trata de gastos de mejoras útiles o suntuarias que no son beneficiosas para el titular colindante”; verbigracia, si la pared presenta rajaduras que ponen en riesgo su estabilidad total o parcial, es deber de ambos comuneros su reparación. En cambio, si uno de los titulares colindantes quiere pasar cañerías por el muro, para lo cual necesita reforzarlo, tales trabajos corren exclusivamente por su cuenta.

#### **XIX.f. Reconstrucción y restitución del muro a su estado anterior**

La permisión de reconstruir el muro está incorporada en el art. 2024 del Cód. Civ. y Com.: “El condómino puede demoler el muro lindero cuando necesite hacerlo más firme, pero debe reconstruirlo con altura y estabilidad no menores que las del demolido. Si en la reconstrucción se prolonga el muro en altura o profundidad, se aplica lo dispuesto en el artículo 2022”. La letra de la norma es clara en cuanto a su aplicación.

El art. 2025 trae una interesante previsión pues expresa que “Si para la reconstrucción se utiliza una superficie mayor que la anterior, debe ser tomada del terreno del que la realiza y el nuevo muro, aunque construido por uno de los propietarios, es medianero hasta la altura del antiguo y en todo su espesor”; es decir, que si bien el art. 2007 del Cód. Civ. y Com. autoriza al titular constructor a asentar la mitad del muro en el inmueble vecino, si se procede a su reconstrucción, no puede exceder la fracción de terreno originaria, debiendo, en caso de querer ensanchar el muro, hacerlo sobre el propio inmueble, pero el muro será medianero en toda la superficie que abarque el espesor, sin que tenga derecho de exigirla al vecino compensación alguna.

El art. 2026 del Cód. Civ. y Com. reza que “La reconstrucción debe realizarla a su costa, y el otro condómino no puede reclamar indemnización por las meras molestias, si la reconstrucción es efectuada con la diligencia adecuada según las reglas del arte”. Es evidente que entre las molestias no indemnizables están aquellas, por ejemplo, referidas a la suciedad propia de una obra; sin embargo, si por la antigua pared, pasaban conexiones eléctricas, el comunero que lleva adelante la reconstrucción debe atender los gastos que demande una conexión provisoria, por ejemplo con un grupo electrógeno.

En cuanto a la restitución del muro a su estado previo, dice el art. 2023 del Cód. Civ. y Com.: “Si el ejercicio de estas

facultades genera perjuicio para el condómino, éste puede pedir que el muro se restituya a su estado anterior, total o parcialmente”.

### **XIX.g. ¿La prescripción liberatoria conlleva la prescripción adquisitiva del muro?**

Se plantea el siguiente interrogante: si cumplido el plazo de la prescripción liberatoria de la acción de reembolso, el deudor liberado del débito sigue sirviéndose de la pared y al acreedor solo le queda respetar el ejercicio de su vecino sin que exigir prestación alguna, ¿ha operado conjuntamente con la prescripción liberatoria, la prescripción adquisitiva del muro en beneficio de quien ejerce actos materiales sin haberla construido?

Con buen tino, sostienen los Alterini que “... la cuestión hoy se reduce sustancialmente a la órbita de los muros de elevación y enterrado, puesto que el muro de cerramiento forzoso, sea encaballado o contiguo, pertenece en condominio desde el momento de la construcción (art. 1894, Código Civil y Comercial). Sin embargo, destaco que si se ejerció la abdicación en un muro medianero urbano, en atención a que se convirtió en privativo, el asunto de la prescripción adquisitiva también sería atendible en este caso.

Me inclino por la tesis negativa en respuesta a la pregunta que sirve de título a esta sección. Para ello, vale recordar que una cosa es la liberación del pago de los costos de edificación del muro, y otra muy distinta es el valor del muro en sí mismo, el cual indudablemente será mayor que la suma dineraria invertida en su construcción. En adición a esto, no hay norma en el Código que establezca semejante paralelismo entre la prescripción liberatoria y la adquisitiva, lo que por imperio de la interpretación restrictiva no sería posible ni aún en la hipótesis de que se pretendiese acudir a los principios generales del derecho.

Resuelto el interrogante, la prescripción adquisitiva del muro se cumple a los veinte años, rigiendo las disposiciones de los arts. 1897 y 1899 del Cód. Civ. y Com., ya que quien se sirve del muro lo hace sin justo título.

\*\*\*\*\*

*la Universidad Nacional de La Matanza. Director del Instituto de Contratos del Colegio de Abogados de Morón.*

#### **Notas**

(1) La Corte Federal ha definido a la propiedad expresado que comprende “... todos los intereses apreciables que el hombre pueda poseer fuera de sí mismo, fuera de su vida y de su libertad. Todo derecho que tenga un valor reconocido como tal por la ley, sea que se origine en las relaciones de derecho privado, sea que nazca de actos administrativos (derechos subjetivos privados o públicos), a condición de que su titular disponga de una acción contra cualquiera que intente interrumpirlo en su goce así sea el Estado mismo, integra el concepto constitucional de propiedad...” (CSJN, Bourdieu, Pedro Emilio c/ Municipalidad de la Capital, 1925, Fallos: 145:307, <https://sj.csjn.gov.ar/sj/>)

(2) Alterini Jorge Horacio Alterini Ignacio Ezequiel, Alterini María Eugenia, Tratado de los derechos reales, Tomo II, pág. 110, Ed. La Ley.

(3) PAPANO, Ricardo, KIPER Claudio, DILLON Gregorio, CAUSSE Jorge, Derechos Reales, Tomo I, pág. 377, Ed. Astrea.

(4) ALTERINI Jorge Horacio ALTERINI Ignacio Ezequiel, ALTERINI María Eugenia, Tratado de los derechos reales, Tomo II, pág. 198, Ed. La Ley.

(5) MARIANI DE VIDAL Marina y ABELLA Adriana, Derechos reales en el Código Civil y Comercial, Tomo I, pág. 240, Ed. Zavalía.

(6) Mariani de Vidal y Abella participan de la tesis de mora automática. MARIANI DE VIDAL Marina y ABELLA Adriana, Derechos reales en el Código Civil y Comercial, Tomo I, pág. 242, Ed. Zavalía

(7) ALTERINI Jorge Horacio ALTERINI Ignacio Ezequiel, ALTERINI María Eugenia, Tratado de los derechos reales, Tomo II, pág. 276, Ed. La Ley.-

---

(\*) Abogado (Facultad de Derecho – UBA).. Titular de la materia Obligaciones en el Instituto Universitario de Derechos Humanos. Docente de la materia “Elementos de los Derechos Reales”, Facultad de Derecho (UBA). Docente Adjunto por diez años de la materia “Derecho Civil y Comercial IV” (Universidad Nacional de La Matanza). Docente Adjunto de la materia “Derecho Comercial I” (Universidad Nacional de La Matanza). Docente Investigador de



**SECCIÓN  
DOCTRINA  
DERECHO  
INTERNACIONAL**



## Derecho internacional de los derechos humanos y privilegios

por Dra. Gabriela Alejandra Vazquez (\*)

Sumario: I. Introducción.- II. Nociones sobre privilegios.- III. Impacto de la ratificación legislativa de un tratado internacional sobre el régimen de privilegios. IV. Tratados de Derechos Humanos y control de convencionalidad y constitucionalidad del régimen de los privilegios.- V. El caso “Asociación Francesa Filantrópica” del 06.11.2018 (Fallos: 341:1511).- VI. El caso “Institutos Médicos Antártida” del 26.03.2019 (Fallos: 342:459).- VII. Los derechos humanos de género y los privilegios. El dictamen fiscal del 25.03.2021 en la causa “Fundación Educar s/concurso preventivo”.-

### I. Introducción

Antes de abordar la cuestión del impacto del derecho internacional de los derechos humanos sobre el régimen de los privilegios legislado en el derecho doméstico, que es el tema central de este aporte, nos parece de utilidad pasar revista previamente a algunas nociones básicas relativas a la estructura y dinámica de los privilegios.

### II. Nociones sobre los privilegios

#### II.a. Concepto y fundamento

El patrimonio del deudor constituye la garantía común de los acreedores y todos los bienes presentes y futuros de aquél conforman esa garantía, salvo los que la ley declara inembargables o inejecutables. Cuando los bienes del deudor alcanzan para afrontar la totalidad de sus deudas no se produce conflicto alguno que deba resolver el derecho. El problema se suscita, en cambio, cuando los bienes del deudor son insuficientes para absorber su pasivo. En este último caso, la regla es que todos los acreedores se encuentran en un mismo pie de igualdad (*pars conditio creditorum*) y el producido de la realización de los bienes del deudor, si hay ejecución, debe ser distribuido a prorrata entre todos ellos. Sin embargo, en ciertas ocasiones y por fundamentos diversos (interés público de orden social o económico, equidad, humanidad, etc.), la legislación otorga a determinadas acreencias la calidad de ser pagadas con preferencia a otras. Allí se está en presencia de un “privilegio” (art.2573, primer párrafo, 1ª oración, Código Civil y Comercial), el que justamente recién adquiere trascendencia cuando el patrimonio del deudor se presenta

impotente para asumir la totalidad de los compromisos crediticios. De este modo, los créditos pueden ser quirografarios (o comunes), que son los que carecen de preferencia, y los créditos privilegiados, que son los que están munidos de un privilegio por disposición de la ley. Los quirografarios, como no tienen preferencia, concurren a prorrata entre sí, excepto una disposición legal expresa en contrario (art.2581, CCyC).

Está claro que la prioridad es conferida en función de la naturaleza de la acreencia y no por las calidades personales de su titular, porque lo que se tiene en mira son intereses colectivos y no individuales. Por ello puede afirmarse que no existen privilegios personales sino causales.

Ahora bien, no puede pasarse por alto que el análisis del sistema de los privilegios de una legislación determinada de alguna manera revela la escala de valores vigentes en el país cuyo régimen se examina; ya que cuando la ley prioriza un crédito y relega a otro, o fija un orden determinado de prelación, esa decisión normativa denota cuales son los bienes jurídicos que se protegen con mayor o menor intensidad. Por ejemplo, si se determina que, ante la insuficiencia patrimonial del deudor, el crédito garantizado con hipoteca o prenda (verbigracia un mutuo) es privilegiado y por esa razón tiene prioridad en relación al crédito indemnizatorio por daño a la persona (p. ej., el que titulariza un niño o niña que padeció una mala praxis médica y quedó con una incapacidad completa), al que se ubica como quirografario o común, eso significa que el régimen jurídico argentino otorga mayor importancia al derecho de propiedad -expresado en la necesidad de resguardar el crédito como base del desarrollo económico- que al derecho a la vida y a la salud de un niño o una niña con discapacidad, en especial si el ordenamiento no tiene instituido un mecanismo que resguarde el cobro efectivo en el caso de insolvencia (p. ej., un fondo de garantía).

Es decir, si esas son las prioridades crediticias, no podemos afirmar con suficiente grado de verdad que, para el ordenamiento argentino, el derecho a la vida (que comprende la preservación de la salud) sea, como siempre es predicado, el primer derecho de la persona humana.

Metafóricamente, el sistema jurídico de los privilegios funge como una radiografía, que permite ver hacia adentro del cuerpo lo que no se observa desde afuera. Es que por más que se repita, una y otra vez que, para la ley argentina, la vida de un ser humano está por encima de todo, si luego aquélla protege con mayor fortaleza a los créditos derivados de lesiones a bienes patrimoniales que a acreedores involuntarios en situación de alta vulnerabilidad y que

titularizan créditos por la lesión de su derecho a la vida, hay algo que no está siendo transparentado y todo discurso que proclame que la vida está en la cúspide valorativa es pura literatura.

Se impone entonces pensar el régimen jurídico de los privilegios como lo establecen los artículos 1° y 2° del Código Civil y Comercial, al igual que debe hacerse con toda institución del derecho privado. Es decir, habilitar el diálogo de las fuentes y aceptar que las leyes domésticas aplicables a los casos concretos, necesariamente deben guardar sintonía con la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos en los que la República Argentina es parte. Asimismo, esas leyes deben ser interpretadas teniendo en cuenta el ordenamiento jurídico como un todo, de modo coherente y en conjunto con las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y los valores jurídicos que informan. Las normas no pueden interpretarse de manera fragmentada sino integral. En ese sentido, los principios y valores que se infieren de las garantías que reconocen tanto la Constitución Nacional como los tratados de derechos humanos que la integran (artículo 75, inciso 22 CN), necesariamente inciden a la hora de efectuarse la lectura de las leyes que instituyen privilegios o prioridades de pago.

## **II.b. Caracteres**

Los privilegios presentan determinados caracteres, a saber: legalidad, accesoriedad, excepcionalidad, indivisibilidad y renunciabilidad.

La legalidad significa que es la ley la fuente exclusiva del privilegio **(1)**; ni las partes ni la Judicatura pueden crear un privilegio. Con fundamento en la cláusula de los Códigos (art.75 inc.12 de la Constitución Nacional -art.67, inciso 11 de la Constitución anterior-), la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha puntualizado que es el Congreso Nacional el competente para crear un privilegio **(2)**. Es también la ley la que determina el orden de prelación de los diferentes créditos privilegiados cuando concurren varios, o sea, cuál es la prioridad de cada uno de ellos cuando entran en conflicto, cuál cobra primero y cuál después. Así, una ley nacional es la que establece el orden de prelación de los privilegios especiales, para lo cual es relevante el orden de los incisos en que son enunciados, e incluso es la ley la que define el caso de aquellos créditos comprendidos en un mismo inciso y sobre idénticos bienes (arts.2582 y 2586, CCyC). En el caso de la ley concursal, se ocupan del orden de prelación de los privilegios especiales los arts.241 y 243 LCQ y sus arts.246 y 247 LCQ en lo que atañe a los generales.

Vale no obstante aclarar que la legalidad no impide que los titulares de los créditos realicen convenios de subordinación, salvo que tales acuerdos estén expresamente prohibidos, como sucede con el crédito laboral.

La accesoriedad implica que el privilegio es accesorio de un crédito y, por lo tanto, su suerte está ligada a éste; se extingue cuando se extingue el crédito y se transmite junto con éste.

Los privilegios son excepcionales porque, valga a redundancia, constituyen una excepción a la regla general de la igualdad de los acreedores y por ese motivo la ley los fija por razones especiales y concretas. De su excepcionalidad se deriva que son de interpretación estricta y que, en caso de duda, se considera que el privilegio no existe. Por otro lado, este carácter también impide que la norma que crea un privilegio pueda aplicarse por analogía a otro crédito distinto.

En cuanto a la indivisibilidad, el art.2576 del Código Civil y Comercial establece que los privilegios son indivisibles en cuanto al asiento y en cuanto al crédito, en el sentido que la cosa o todas las cosas que son asiento del privilegio están afectadas al pago del crédito privilegiado y a cada parte de éste.

Finalmente, la regla es que el titular del crédito puede renunciar al privilegio que lo refuerza (art. 2575, 1ª oración, Código Civil y Comercial) y ello es así, porque la preferencia forma parte de su patrimonio y por lo tanto es disponible. No obstante, existen excepciones a la regla general de renunciabilidad, como la del crédito laboral, ya que lo prohíbe el art.2575, segundo párrafo del CCyC, en armonía con el principio de irrenunciabilidad que consagra el art.12 de la ley de contrato de trabajo, aunque el art.43 de la ley concursal admite la renuncia, bajo determinadas condiciones, habiéndose destacado que en este caso particular la finalidad consiste en mantener la continuidad de la empresa **(3)**.

## **II.c. Clasificación**

Los privilegios pueden ser generales o especiales, distinción que está relacionada con el asiento del privilegio, que es la cosa o las cosas sobre las que recae. De este modo, los privilegios son generales o especiales. Los generales son los que recaen sobre todos los bienes del deudor y solo pueden ser invocados en los procesos universales (art.2580, CCyC), como el concurso preventivo o la quiebra del deudor. Los especiales, por el contrario, tienen como asiento una o varias cosas determinada y pueden hacerse valer en las ejecuciones individuales con ajuste a lo establecido por los artículos 2582 a 2586 del CCyC, o sea

que, en caso de conflicto entre acreedores con privilegio especial, se sigue el orden de prelación que resulta de los incisos del art.2582 del CCyC, con las excepciones que fija el art.2586 de ese mismo ordenamiento y sin perjuicio de la reserva de gastos por conservación, custodia, administración y realización (art. 2585 CCyC).

#### **II.d. Norma aplicable**

El régimen jurídico común a todos los privilegios conferidos por las leyes se encuentra contenido en el Código Civil y Comercial. Sin embargo, según el art. 2579 del CCyC, en los procesos universales los privilegios se rigen por la ley aplicable a los concursos, exista o no cesación de pagos. Así, en sintonía con esta previsión, el artículo 239 de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras, que encabeza el Capítulo I (“Privilegios”) del Título VI de la LCQ, dispone en su primer párrafo que: “Existiendo concurso, sólo gozarán de privilegio los créditos enumerados en este capítulo, y conforme a sus disposiciones”. Es decir, cuando existe un proceso concursal, el régimen jurídico aplicable es el de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras que desplaza al Código Civil y Comercial, a excepción de las remisiones que aquélla realice a éste o a otras leyes especiales como, por ejemplo, la Ley de Navegación 20.094, el Código Aeronáutico, etc. (v. art.241 LCQ).

### **III. Impacto de la ratificación legislativa de un tratado internacional sobre el régimen de los privilegios**

Según el artículo 75, inciso 22 de la Constitución Nacional, los tratados internacionales tienen jerarquía superior a las leyes. La ubicación del derecho internacional de los tratados por encima del derecho doméstico en la pirámide jurídica, plantea el siguiente interrogante: ¿qué ocurre si un convenio internacional, aprobado por el Congreso Nacional, obliga a la Argentina a conceder a determinado crédito un privilegio -o un privilegio con calidad específica- y la ley nacional – p. ej., el CCyC o la LCQ- no lo reconoce?

La pregunta no genera dudas para ser respondida. Como el tratado internacional tiene jerarquía superior a la ley doméstica, la previsión del primero -que prima- desplaza a la segunda. Así fue resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa: “Pinturas y Revestimientos aplicados SA s/ quiebra”, del 26.03.2014 **(4)**. Ese caso se refería a un crédito de un trabajador, en concreto, una indemnización por accidente de trabajo reclamada con base en el derecho común. El tribunal comercial interviniente en la quiebra de la deudora había negado al trabajador el privilegio que reclamara con sustento en lo establecido por el Convenio 173 de la Organización Internacional del

Trabajo, “Sobre la protección de los créditos laborales en caso de insolvencia del empleador”, ratificado por la ley 24.285. Para resolver de modo adverso a la pretensión, ese tribunal sostuvo que las previsiones del convenio invocado por el acreedor no tenían operatividad sobre el ordenamiento concursal, porque era menester la previa armonización de la norma nacional con las regulaciones dispositivas del tratado para poder efectivizar los derechos de los trabajadores de empresas en insolvencia.

El Máximo Tribunal revocó esa sentencia y para así decidir, comenzó por resaltar que los “instrumentos internacionales, en tanto hayan obtenido la ratificación legislativa, se inscriben en la categoría de los tratados a los que el art. 75, inc. 22 de la Constitución Nacional confiere un rango superior al de las leyes” (Considerando 5°) **(5)**. Luego, La CSJN puso énfasis en que el Convenio 173 de la OIT establece que los créditos adeudados a los trabajadores en razón de su empleo deben: “a) quedar protegidos por un privilegio de modo que sean pagados con cargo a los activos del empleador insolvente antes de que los acreedores no privilegiados puedan cobrar la parte que les corresponde (art. 5°), y b) contar con un rango de privilegio superior al de la mayoría de los demás créditos privilegiados y, en particular, a los del Estado y de la Seguridad Social (art. 8°)”. También señaló que “las claras directivas contenidas en la norma respecto del alcance de la protección que debe otorgarse al crédito laboral ante un supuesto de insolvencia del empleador, no son de carácter meramente programático, sino que pueden ser directamente aplicadas a los casos concretos en el ámbito local sin necesidad de que una medida legislativa, adicional a la ratificación ya acordada al instrumento internacional, les confiera operatividad” (Considerando 8°).

Finalmente, como refuerzo argumental, el Máximo Tribunal recordó lo estipulado en el Convenio 17 OIT “Sobre la indemnización por accidentes del trabajo” de 1925, ratificado por la República Argentina mediante la ley 13.560, cuyo artículo 11 prevé que: “Las legislaciones nacionales establecerán las disposiciones que, de acuerdo con las condiciones particulares de cada país, sean más adecuadas para garantizar, en toda circunstancia, el pago de la indemnización a las víctimas de accidentes y a sus derechohabientes, y para garantizarlos contra la insolvencia del empleador o del asegurador”.

En definitiva, la CSJN resolvió que la norma internacional había desplazado a las reglas de los arts. 239, párrafo primero, 247 y 249 de la ley concursal sobre cuya base los jueces de la causa habían fundado sus decisiones. En otras palabras, que de acuerdo al Convenio 173 OIT, el crédito insinuado por el trabajador **(6)** debía estar

resguardado por un privilegio que lo colocase en un plano superior al de los demás créditos privilegiados, en especial, a los del Estado y a los de la Seguridad Social. Añadió la Corte que la solución que disponía era, por un lado, la que mejor contribuía “a la realización de los fines protectores y de justicia tenidos en mira por la organización internacional al dictar los instrumentos examinados” y, por otro, la que brindaba una respuesta apropiada a la singular situación del trabajador de la causa “signada por una inusitada postergación del cobro de su crédito por circunstancias que le resultaron ajenas”, pues el accidente de trabajo había ocurrido en el año 1991 y el resarcimiento demandado judicialmente había sido reconocido, mediante una sentencia de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, que recién había quedado firme en 1998.

Con esta decisión no se puso en crisis el carácter de legalidad de los privilegios -en el caso de la ley concursal-, porque el tratado internacional ordena específicamente que en los países signatarios los créditos laborales deben tener un privilegio con determinada fortaleza y prioridad. Es decir, el Convenio de la OIT, con la aprobación legislativa -que provocara su incorporación como fuente de derecho interno-y su jerarquía superior a las leyes domésticas, proporciona la legalidad que se exige para que nazcan estas preferencias crediticias.

No pasamos por alto que el Convenio OIT 173, aunque fue aprobado por una ley del Congreso Nacional (Nro. 24.285 de 1993) no ha sido hasta la fecha ratificado por Argentina. Sin embargo, la Corte en el precedente “Pinturas y Revestimientos” da por sentado que el acto de aprobación legislativa provocó el ingreso de las previsiones del convenio internacional al derecho interno, aunque no haya aún nacido la responsabilidad del país en el orden internacional y, por ende, en este caso, no sea imperativo para el país someterse al control de los órganos de monitoreo de la Organización Internacional del Trabajo (7).

#### **IV. Tratados de Derechos Humanos y control de convencionalidad y constitucionalidad del régimen de los privilegios**

El fenómeno de la constitucionalización del derecho privado, alcanzó en Argentina mayor impulso a partir del retorno a la democracia en 1983 y fue la reforma constitucional de 1994 un hito central para que se fortaleciera y enriqueciera su estudio desde la perspectiva de la CN y los tratados de DDHH de rango constitucional (art.75, inc.22 CN). El nuevo paradigma de la Carta Magna, asentado en la protección de los derechos humanos, cambió el ángulo de interpretación. Ya no resulta posible examinar

las controversias entre particulares con los ojos puestos exclusivamente sobre el Código Civil y Comercial, la ley concursal u otras leyes especiales, sino que es necesario efectuar un análisis para determinar si tales previsiones se encuentran en armonía con las del bloque de constitucionalidad federal, o sea, la Constitución Nacional y los tratados de derechos humanos que están incorporados a ella y tienen rango constitucional según el artículo 75, inciso 22 CN. Este testeo se denomina control de constitucionalidad y de convencionalidad y significa que toda preceptiva legal doméstica -nacional, provincial o local-, será aplicable en la medida que no contraríe la CN o los tratados ratificados por Argentina ha ratificado y, en su caso, la labor interpretativa debe ser efectuada en sintonía con éstos. Recordemos que el art.27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, dispone que ningún país puede invocar su derecho interno, como justificación del incumplimiento de un tratado del que es parte.

Y nos referimos no solamente a los tratados de derechos humanos que tienen en nuestro país rango constitucional (art.75 inc.22 CN), sino también a cualquier otro que haya recibido ratificación, porque según esa misma cláusula de la Carta Magna, “tienen jerarquía superior a las leyes” y el incumplimiento puede derivar en la responsabilidad de nuestro país en el orden internacional.

Por esa razón los jueces y las juezas, en las sentencias, deben necesariamente realizar los referidos controles de constitucionalidad (8) y convencionalidad (9) de las normas que resulten aplicables a los casos que deciden (10).

En materia de privilegios concursales, tales controles fueron llevados a cabo por la Corte Federal en dos casos paradigmáticos y análogos en el plano fáctico (un niño y una niña que sufrieron una mala praxis médica en el nacimiento, que les causara parálisis cerebral y que pasadas más de dos décadas -24 y 28 años- no habían alcanzado el resarcimiento. Nos referimos a los precedentes “Asociación Francesa Filantrópica” del 06.11.2018 (11) e “Institutos Médicos Antártida”, del 26.03.2019 (12), los que recibieron decisiones jurisdiccionales antagónicas debido a la diferente integración de la Corte Suprema.

#### **V. El caso “Asociación Francesa Filantrópica” del 06.11.2018 (Fallos: 341:1511)**

El caso “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/ incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros”, fallado por la CS el 06.11.2018 (Fallos: 341:1511) se refiere a un crédito indemnizatorio -de la niña M.B.L.- reconocido por la mala praxis médica ocurrida

durante su nacimiento (20.12.1994), que le provocara una parálisis cerebral con 100% de incapacidad irreversible- síndrome de parálisis cerebral espástica- con compromiso del lenguaje, la visión, la actividad motora tanto en miembros superiores como inferiores y atrofia muscular, cuya progresión y empeoramiento solo era evitable con tratamientos de rehabilitación.

El juez comercial de primera instancia había declarado la inconstitucionalidad del régimen de privilegios concursales de la ley 24.522 y dispuesto a favor de M.B.L. la verificación de su crédito con privilegio especial prioritario a cualquier otro privilegio, fundando la decisión en la protección legal de la acreedora, en tanto niña con discapacidad, de conformidad con lo establecido por la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Esa decisión fue revocada por la Cámara Nacional Comercial (Sala A) que dispuso la calificación del crédito como quirografario. Para así decidir postuló, en resumen, que: 1) que el crédito de M.B.L. no se encontraba alcanzado por ninguno de los privilegios previstos en la ley 24.522; 2) que el régimen de privilegios concursales era compatible con los derechos consagrados en la Convención sobre los Derechos del Niño y las restantes normas internacionales invocadas, pues éstas no contemplaban de modo específico la situación del niño o niña titular de un crédito en el marco de un proceso universal, ni establecían preferencia de cobro; 3) que los privilegios solo podían resultar de la ley y obedecían a características propias del crédito y no a las del acreedor; 4) que el crédito no se encontraba conformado por prestaciones cuya ausencia pudiera poner en juego su derecho a la vida, a la dignidad y a la salud como menor con discapacidad, sino que se trataba de un derecho de carácter exclusivamente patrimonial, transmisible y renunciabile nacido con motivo del incumplimiento de una relación contractual, con absoluta independencia de su condición de niña y 5) que era el Estado el sujeto pasivo de las obligaciones consagradas en las convenciones internacionales, sin que correspondiera trasladar esa obligación a los demás acreedores concurrentes que contaban con un privilegio legalmente reconocido.

La Corte Suprema, por mayoría -conformada por los jueces Rosenkrantz y Lorenzetti y la jueza Highton-, confirmó la decisión de la Cámara Comercial. El Máximo Tribunal puso especial énfasis en: 1) que los privilegios solo pueden surgir de la ley; 2) que como los privilegios constituyen una excepción al principio de igualdad (*pars conditio creditorum*) deben ser interpretados restrictivamente pues, de aceptarse una extensión mayor a la admitida por la ley, se afectarían derechos de terceros; 3) que el legislador cuenta con amplio

margen de discrecionalidad para la distribución de los bienes o agrupación de los acreedores, sin que los jueces puedan realizar una interpretación amplia o extensiva, para evitar que situaciones excepcionales se conviertan en regla general; 4) que en la ley 24.522 el privilegio responde a la causa o naturaleza del crédito con independencia de la condición del sujeto y que la ley concursal no confiere privilegio al crédito de M.B.L., por lo que es común o quirografario; 5) Que ni la Convención sobre los Derechos del Niño ni la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad o la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes contienen referencias específicas a la situación de los/as niños o personas con discapacidad como titulares de un crédito en el marco de un proceso concursal, ni conceden por esa condición preferencias de cobro respecto de los restantes acreedores concurrentes, ni la exclusión de sus créditos del régimen patrimonial especialmente previsto por la ley concursal; 6) que la inconstitucionalidad del régimen de privilegios solo podría sostenerse con el argumento de que la consideración general de mayor protección constitucional a favor de los niños discapacitados debiera necesariamente hacerse efectiva en el específico ámbito concursal y, concretamente, a través de una preferencia en el cobro de sus créditos respecto de otros acreedores y sin una ley que así lo disponga, lo que el Máximo Tribunal descarta. En esa línea, entiende que los tratados internacionales no prevén ni determinan en qué ámbitos y con qué alcance debe hacerse efectiva esa especial protección que otorgan a los niños discapacitados, materia que, según la CS, queda reservada a cada uno de los Estados; 7) que por el principio de separación de poderes, no es de competencia de los jueces determinar el modo de realización de los fines de una determinada institución jurídica, atribución propia de los poderes políticos, con amplio margen de discrecionalidad, y con control judicial ceñido a la razonabilidad y a que no se avance sobre prohibiciones específicas contenidas en la Constitución o en las leyes; 8) que la declaración de inconstitucionalidad es un acto de suma gravedad que debe ser considerada *ultima ratio* del orden jurídico y 9) que una eventual declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios, con sustento en los amplios mandatos contenidos en los convenios internacionales, podría conllevar también la invalidez de toda norma o acto que no conceda a los menores y/o personas con discapacidad un trato preferente, cualquiera sea el ámbito de que se trate; consecuencia que podría extenderse incluso a todos los sujetos comprendidos en alguno de los grupos vulnerables que cuentan con especial protección constitucional.

En definitiva, la decisión de la mayoría se fundó en los caracteres de legalidad y excepcionalidad de los privilegios y no encontró irrazonable que la ley no confiera privilegio al crédito indemnizatorio para cumplir el mandato de tutela preferente de los/as niños y/o personas con discapacidad en el juicio concursal.

La minoría, conformada por los jueces Maqueda y Rosatti, postuló en cambio la declaración de inconstitucional del régimen de privilegios concursales previsto en los arts. 239, párrafo 1º, 241, 242 parte general, y 243, parte general e inciso 2º, de la ley 24.522 y que se dispusiera que el crédito a favor de M.B.L. gozara de privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio.

Entre los argumentos de la Minoría se recuerda que, como lo decidiera la Corte Suprema en el caso “Pinturas y Revestimientos aplicados S.A.” (Fallos: 337:315), el régimen de privilegios de la ley 24.522 debe ser integrado con las disposiciones previstas en los instrumentos internacionales que fueron incorporados a nuestro sistema jurídico con rango superior a las leyes y que deben quedar desplazadas las reglas de la ley concursal que se opongan a las disposiciones de tales tratados.

Así, en los votos disidentes se pone foco fundamentalmente en: 1) la ostensible y extrema situación de vulnerabilidad de la beneficiaria del crédito, íntimamente relacionado con su derecho a la vida y de inusitada postergación del cobro por circunstancias que le resultaron ajenas; 2) En las garantías especiales reconocidas a la niña con discapacidad por los tratados de derechos humanos de rango constitucional, en particular la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad; 3) en que la ley concursal, al no prever privilegio o preferencia de pago alguno, no da, en el caso concreto, una respuesta adecuada, definitiva y acorde a la protección especial impuesta por los citados instrumentos internacionales de derechos humanos, desde que el acceso al resarcimiento resulta indispensable para garantizar el goce del derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de salud y a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental y social y 4) que los/as jueces/zas, en cuanto servidores/as de justicia en el caso concreto, no deben limitarse a la aplicación mecánica de las normas y desentenderse de las circunstancias fácticas con incidencia en la resolución de la controversia. En definitiva, lo que considera la Minoría, es que, sin el reconocimiento de un privilegio al crédito de la niña con discapacidad, no existe una efectiva tutela de los derechos con amparo constitucional -salud, vida plena y decente en condiciones dignas- porque su protección no admite mayores demoras.

## **VI. El caso “Institutos Médicos Antártida” del 26.03.2019 (Fallos: 342:459)**

La tesitura que fuera minoría en el caso “Asociación Francesa Filantrópica” del 06.11.2018, reseñado en el apartado anterior, resultó mayoritaria, aunque con otra integración **(14)**, en el caso sentenciado por la Corte Federal unos meses después, el 26.03.2019, en la causa “Institutos Médicos Antártida s/ quiebra s/ inc. de verificación (R.A.F. y L.R.H. de F.)”. La mayoría se conformó con los votos de los jueces Maqueda y Rosatti y de la conjeza Graciela Medina y aquí la Corte decidió declarar la inconstitucionalidad de los arts. 239 primer párrafo; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2º de la ley 24.522 y dispuso verificar el crédito de B.M.F. con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. La minoría la conformaron el juez Lorenzetti y la jueza Highton, quienes reiteraron los argumentos que vertieran en el caso “Asociación Filantrópica”, los que ya describimos.

Los hechos del caso “Institutos Médicos Antártida” son semejantes a los de la causa “Asociación Francesa Filantrópica”. En efecto, el niño B.M.F. nació el 25 de mayo de 1990 y como consecuencia de una mala praxis médica en el acto médico de alumbramiento, tuvo sufrimiento fetal agudo con afección de todos los órganos, especialmente del cerebro, lo que le implicó una incapacidad total e irreversible del orden del 100% (cuadriplejía y parálisis cerebral). Como consecuencia de ello, presentaba desde lesiones cerebrales gravísimas con una incapacidad total e irreversible, una parálisis en los cuatro miembros, que le impedían moverse y retraso en el crecimiento. El 20.08.1998 obtuvo sentencia de primera instancia ante el fuero civil, por la que se le reconoció una indemnización -con condena solidaria a Institutos Médicos Antártida- que fuera confirmada por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil el 30.05.2003. La quiebra de Institutos Médicos Antártida, decretada el 10.02.2003, motivó la solicitud de verificación del crédito y el juez de primera instancia interviniente en el proceso falencial, declaró la inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley concursal y dispuso la verificación del crédito de B.M.F. con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio. Debe tenerse presente que B.M.F., al tiempo de dictarse la sentencia por el Alto Tribunal (2019), llevaba 28 años con una incapacidad total y sin cobrar la totalidad de su crédito; había sufrido la pérdida de la visión y del habla, debía ser alimentado con una sonda gástrica y sufría de manera recurrente complicaciones como trombosis, escaras, anemia y hasta paros cardíacos. Además, de la causa surgía que los tratamientos médicos adecuados que necesitaba eran excesivamente onerosos para ser

afrontados por sus progenitores, la madre se dedicaba exclusivamente a su cuidado y el padre, único sostén de familia, percibía un salario que no alcanza para revertir la situación de ahogo económico en la que se encontraban. La categorización del crédito como quirografario o privilegiado tenía especial relevancia, porque la liquidación del total del activo de la fallida no iba a alcanzar para la satisfacción ni siquiera mínima de los créditos quirografarios, entre los que se encontraba el de B.M.F., porque el único inmueble de la quiebra estaba gravado con dos hipotecas.

La Cámara Nacional Comercial (Sala A), revocó lo resuelto por el juez de primera instancia, asignó a la acreencia el carácter de quirografaria y dejó también sin efecto el pronto pago que aquél había dispuesto.

Llegada la causa a la Corte Suprema, ésta dejó sin efecto lo decidido por la Cámara Comercial, declaró la inconstitucionalidad de los arts. 239 primer párrafo; 241; 242 parte general; 243 parte general e inc. 2º de la ley 24.522, y verifica a favor de B.M.F. un crédito con privilegio especial prioritario de cualquier otro privilegio, al igual que lo había decidido el juzgado comercial originario.

La argumentación de los votos mayoritarios se emplazó, en resumen, en la particular situación de vulnerabilidad de B.M.F. y en la protección reforzada que debía concedérsele a la acreencia titularizada por un niño con discapacidad, a la luz de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (art.19), la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, todos ellos instrumentos de rango constitucional. Se resaltó el compromiso asumido por los Estados Parte de atender de manera primordial el interés superior del niño y de garantizar a todo niño mental o físicamente impedido de disfrutar de una vida plena y decente en condiciones que aseguren su dignidad; de resguardar el disfrute del más alto nivel posible de salud y a servicios para el tratamiento de las enfermedades y a la rehabilitación de la salud; a un nivel de vida adecuado para su desarrollo físico, mental, espiritual, moral y social; así como el deber de adoptar “medidas apropiadas para ayudar a los padres y a otras personas responsables por el niño a dar efectividad a este derecho...”. Se recordó especialmente el mandato de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad en orden a adoptar todas las medidas necesarias para asegurar que todos los niños y las niñas con discapacidad gocen plenamente de todos los derechos humanos.

En ese marco, y en la medida que el resarcimiento insinuado en la quiebra tenía por finalidad garantizar el goce del derecho a la vida, al disfrute del más alto nivel posible de

salud y a un nivel de vida adecuado para el desarrollo físico, mental y social; la Corte entendió que, sin el reconocimiento del privilegio especial no se garantizaba al niño B.M.F. una satisfactoria protección jurídica de la vida y de la salud, respetuosa de la dignidad que es inherente al ser humano ya que, además, la calidad de quirografario del crédito implicaba una demora que desnaturalizaría y tornaría ilusoria la reparación del derecho irreversiblemente dañado. La extrema situación de vulnerabilidad del niño, la falta de recursos económicos suficientes para afrontar los tratamientos médicos adecuados; sumado a la especial protección que los instrumentos internacionales con rango constitucional (art. 75, inc. 22, de la Constitución Nacional), fueron el fundamento para declarar la inconstitucionalidad de las normas concursales que no contemplaban la prioridad a la acreencia.

La jueza Medina recordó en su voto particular, para fundamentar su postura que: a) un Estado parte no puede invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados **(14)**; b) que todos los poderes públicos (ejecutivo, legislativo y judicial) y demás autoridades públicas o gubernamentales, sea cual fuere su rango — nacional, regional o local— están en condiciones de comprometer la responsabilidad del Estado Parte; c) que la responsabilidad del Estado existe no sólo por las violaciones de los derechos reconocidos en el Pacto que cometan sus agentes, sino también por los actos que cometan particulares y d) que de acuerdo a la teoría del *Drittwirkung*, los derechos fundamentales deben ser respetados tanto por los poderes públicos como por los particulares en relación con otros particulares **(15)**.

Como conclusión, lo que podemos decir es que, en este precedente, la Corte Suprema consideró que el régimen de privilegios de la ley concursal, por las particularidades del caso (naturaleza del crédito y demora en su percepción), no pasaba el test de convencionalidad y constitucionalidad ya que, la falta de reconocimiento de una prioridad al crédito del niño con discapacidad, que tenía su causa en la lesión de su derecho a la salud y a la vida, y postergarlo, en relación a otros créditos, en especial después de más de dos décadas de su fecha de origen, violentaba las garantías reconocidas por tratados de derechos humanos que forman parte de la Constitución Nacional, según su art.75 inciso 22, en especial la Convención sobre los Derechos del Niño y la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

El Alto Tribunal se basó en un concepto más robustecido de la garantía de igualdad; no lo hizo en la

garantía de igualdad y no discriminación captada por el art.16 de la Constitución Nacional – de igualdad formal-, sino en la noción más robusta de igualdad como no sometimiento, emplazada fundamentalmente en el art.75, inc. 23 de la CN, que se arraiga en la idea de desigualdad estructural, o sea, la que estima “relevante la situación de la persona individualmente considerada pero como integrante de un grupo sistemáticamente excluido” **(16)**, dimensión ésta que legitima las “medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato”, en particular, en el caso “respecto de los niños (...) y las personas con discapacidad”.

Desde la doctrina, el fallo dictado en la causa “Institutos Médicos Antártida” recibió comentarios favorables **(17)** -que compartimos- como también refractarias **(18)**, aunque desde las diferentes visiones se plantea que debe ser también “entendido como la apertura de una instancia de diálogo con los poderes democráticos para delinear a través de la legislación un remedio que atienda a los mandatos constitucionales” **(19)** o bien que “probablemente apunte a generar una reacción del legislador para un mejor análisis distributivo del marco normativo de la preferencia” **(20)**.

## **VII. Los derechos humanos de género y los privilegios. El dictamen fiscal del 25.03.2021 en la causa “Fundación Educar s/concurso preventivo”**

### **VII.a. Una reflexión especial**

Merece el dictamen emitido el 25.03.2021 por la Fiscal General ante la Cámara Nacional en lo Comercial, Dra. Gabriela F. Boquín, en la causa “Fundación Educar s/concurso preventivo”, radicada ante la sala F de esa Cámara, tribunal que a la fecha en que se escribe este aporte aún no dictó pronunciamiento. Se pretenden poner el foco en el impacto que tiene el derecho internacional de los derechos humanos de las mujeres sobre el régimen de los privilegios concursales, en especial teniendo en cuenta que el juzgamiento con perspectiva de género constituye un imperativo constitucional y convencional que condiciona la garantía de protección judicial efectiva.

### **VII.b. Hechos**

Los hechos del caso, en lo que nos interesa, son los siguientes. En 2008, la niña K., quien entonces tenía dos años de edad, fue víctima de abuso sexual dentro del establecimiento educativo de la concursada (Fundación Educar) por un empleado de maestranza del colegio. La Cámara Nacional en lo Civil, por sentencia del 01.07.2020, declaró a K acreedora de una indemnización dineraria para reparar los daños que sufriera a causa del delito.

La deudora de la indemnización -Fundación Educar- está en concurso preventivo. La resolución de verificación de créditos fue dictada el 19.05.2017, habiéndose reconocido solamente el crédito de AFIP. La acreencia de K fue reconocida como eventual y sin posibilidad de integrar la base de cómputo para el acuerdo preventivo. En la resolución de categorización, del 02.08.2017, teniendo en mira únicamente al crédito de la AFIP, se agrupó a los acreedores en privilegiados y quirografarios, siendo el Fisco el único integrante en ambas categorías.

En representación de K., su padre y su madre (C.H.A. y A.P.) pidieron al juzgado del concurso la declaración de inconstitucionalidad del régimen de privilegios de la ley 24.522 de Concursos y Quiebras (artículos 239 párrafo 1°, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2) y que se otorgue al crédito de la menor un privilegio autónomo. El Magistrado rechazó el planteo y declaró verificado el crédito con carácter quirografario por la suma de \$ 9.784.352,50. Por otra parte, el juez no reconoció el monto del crédito en toda la extensión reconocida por la sentencia civil, porque aplicó el artículo 19 de la LCQ - suspensión de los intereses que devengue todo crédito de causa o título anterior a la presentación del concurso-; consideró que el crédito se encontraba sometido al acuerdo homologado y que, por ende, que se habría producido su novación. En definitiva, al calificar el crédito como quirografario, éste fue reconocido por un importe inferior a la mitad de la acreencia inicialmente reclamada.

Para rechazar el “privilegio autónomo” y declarar verificado el crédito indemnizatorio como quirografario, el juez argumentó que resultaba aplicable la doctrina del caso resuelto por la CSJN el 06.11.2018 en la causa “Asociación Francesa Filantrópica y de Beneficencia s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por L.A.R y otros”, haciendo hincapié en que el privilegio no podía ser reconocido porque no surgía de la ley ni de las convenciones que protegen a las personas con discapacidad.

La decisión fue apelada por C.H.A. y A.P. en representación de su hija K. En lo sustancial, los apelantes invocaron, en apoyo del reconocimiento del privilegio autónomo, los convenios internacionales que protegen a las mujeres víctimas de violencia de género, de los que predicaron se había hecho caso omiso, en concreto, de la Convención de Belém do Pará y especialmente su art.7° inciso g, relativo al derecho a acceder a una indemnización justa y al deber de los Estados de garantizarla. Indicaron que, al otorgarse al crédito el carácter de quirografario, éste se veía licuado considerablemente, incumpliendo con la responsabilidad internacional del Estado. Objetaron también,

por inadmisibles, que se considerara a la niña como “discapacitada”, explicando que las afecciones psicológicas de K tenían origen y resultaban consecuencia de un abuso sexual. Asimismo, los recurrentes postularon que assimilar el crédito indemnizatorio por abuso sexual a una niña con el de un acreedor comercial resultaba contrario a los tratados internacionales de derechos humanos con jerarquía constitucional, comprometiéndose la responsabilidad estatal en el orden internacional.

La resolución también fue apelada por el Ministerio Público de la Defensa y por la Fiscal de primera instancia, recurso este último que la Dra. Boquín sostiene ante la Cámara. En su dictamen, la Fiscal Boquín solicita al Tribunal que revoque la sentencia apelada; que otorgue “al crédito de la menor el carácter de privilegio autónomo y de preferente pago por la totalidad del monto insinuado con intereses hasta el efectivo pago”, así como que, en su caso, “declare la inconvencionalidad de los arts. art. 239 párrafo 1º, 241, 242 parte general y 243 parte general e inciso 2 de la ley 24.522”. Sostiene, como correlato, que el acuerdo homologado es inoponible a la niña acreedora -a la que debe reconocerse un privilegio prioritario, de primer orden y preferente pago- porque no dio conformidad a la propuesta y no hubo unanimidad (arts.44 in fine, 47, 56 y conc., LCQ)

### Vii.c. El dictamen

El dictamen tiene una fundamentación jurídica muy robusta y multinivel, o sea, que abrega, tanto en las previsiones contenidas en tratados internacionales -ratificados por Argentina- que garantizan los derechos humanos de niñas y/o mujeres víctimas de violencia de género, como en normas de orden público del derecho doméstico. Por otra parte, se reprocha a la sentencia de primera instancia haber omitido por completo el tratamiento de la controversia con perspectiva de género, el que considera indispensable para satisfacer “el recurso judicial efectivo contenido en el artículo 25 de la Convención Americana” y para transmitir, a la sociedad toda, el mensaje de que las cuestiones de violencia contra la mujer no son toleradas, no quedan impunes y deben ser reparadas.

En lo que atañe al derecho internacional, se recuerda que, como la víctima es una niña, el abuso sexual debe ser incluido dentro de los hechos de violencia de género y por esa razón, que el caso debe ser examinado no sólo a partir del corpus iuris internacional de protección de los niños y las niñas, sino también a la luz de los instrumentos internacionales de violencia contra la mujer, según la jurisprudencia de la Corte IDH del Caso V.R.P, V.P.C. y otros vs. Nicaragua, del 8-3-2018. Resalta que los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable,

integrante e indivisible de los derechos humanos universales, de acuerdo a la Declaración y Programa de Acción de Viena, 1993 (párrafo 18) y reclama que la Cámara juzgue el caso bajo el doble estándar de protección internacional de los derechos humanos que ampara a las niñas víctimas de abuso, es decir, en cuanto niñas y mujeres, conforme el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; la Convención Sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer y su Protocolo Facultativo; la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer o Convención de Belém do Pará **(21)** y la Convención de los Derechos del Niño. En cuanto a este último instrumento, de rango constitucional, invoca lo preceptuado por el art.19, en orden a las medidas que deben adoptar los Estados Parte -del que “el Poder Judicial forma parte” – “para proteger al niño contra toda forma de perjuicio o abuso físico o mental, incluido el abuso sexual” y, en relación a la Convención de Belem do Pará, la fiscal repara en la conceptualización amplia de la violencia contra la mujer (art.1), en la caracterización del abuso sexual como una de sus formas (art.2) y, en cuanto a los deberes de los Estados, apunta fundamentalmente a los fijados por el art.7: “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces” (inciso g) y “adoptar las disposiciones legislativas o de otra índole que sean necesarias para hacer efectiva esta Convención” (inc. h).

Es destacable en el dictamen la abundante fundamentación de soft law, a través del racconto de numerosos documentos emanados de los órganos de monitoreo de la CEDAW (Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer) y de Belem do Pará (MESECVI **(22)**) vinculados específicamente a la debida diligencia, al acceso a la justicia de las mujeres víctimas de violencia y a medidas jurídicas eficaces para que obtengan indemnizaciones adecuadas, holísticas, atribuidas con prontitud y proporcionales a la gravedad del daño sufrido **(23)**. También se invocan las Reglas de Brasilia sobre las personas en condición de vulnerabilidad, adoptadas en el ámbito de la Cumbre Judicial Iberoamericana **(24)** para poner al descubierto la poca utilidad que significaría que Estado “reconozca formalmente un derecho si su titular no puede acceder de forma efectiva al sistema de justicia para obtener la tutela de dicho derecho”, sobre todo cuando se encuentra en juego un derecho humano fundamental. En otro orden, se evoca el Informe de la Comisión Interamericana de

Derechos Humanos sobre “Acceso a la Justicia para Mujeres Víctimas de Violencia en las Américas”, de 2007, a fin de remarcar que “Una respuesta judicial idónea resulta indispensable para que las mujeres víctimas de violencia cuenten con un recurso ante los hechos sufridos y que éstos no queden impunes” y para recalcar que “la administración de la justicia comprende el poder judicial (todas sus instancias, tribunales y divisiones administrativas)” (Capítulo I, A, párrafo 6).

En cuanto al derecho doméstico, el recurso fiscal se sustenta en las previsiones de orden público de las leyes 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes (2005) y 26.485 de Protección Integral de Protección Integral de las Mujeres (2009). En cuanto a la ley 26.061, se enfatiza en que los derechos allí reconocidos -a la vida, dignidad, integridad personal, a no ser sometido a trato vejatorio, humillante ni a ninguna forma de abuso, a la salud y a la dignidad- están asegurados en su máxima exigibilidad (art. 1°), como irrenunciables, interdependientes, indivisibles e intransigibles (art. 2), así como sustentados en el interés superior del niño/a, entendido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” (art.3°). Por otro lado, se señala con particular énfasis que, al amparo de esa norma: “Cuando exista conflicto entre los derechos e intereses de las niñas, niños y adolescentes frente a otros derechos e intereses igualmente legítimos, prevalecerán los primeros” (art.3°). En lo atinente a la ley de Protección Integral de la Mujer, cuyo objetivo central es garantizar el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia, la fiscal enuncia todos los derechos enunciados por el art.3° -implicados todos ellos en el caso-; enfatiza en el deber de los tres poderes del Estado de adoptar las medidas necesarias para garantizarlos, bajo el principio de transversalidad (art.7) y en las garantías judiciales mínimas establecidas por el art.16.

El núcleo del cuestionamiento fiscal, tan sólidamente fundado, consiste en que el fallo de primera instancia se limitó a aplicar el sistema cerrado de los privilegios concursales (art.239 LCQ) sin armonizarlo con las normas internacionales y nacionales citadas, a los que habría debido darse prevalencia y prioridad, sin un control adecuado de convencionalidad, aunque tales normas no confieran específicamente un privilegio; desatendiendo las particularidades del caso, en el que la indemnización no implica un mero interés pecuniario, al estar directamente relacionado con el derecho a la vida en condiciones de dignidad e integridad y revictimizando a la niña “nuevamente a través de un proceso concursal que claramente no la vio, no la consideró y no la protegió”. En síntesis, que la sentencia adopta una postura “formalista”; que es “contra

legem”, al no integrarse con las leyes nacionales de orden público y el bloque de constitucionalidad federal de operatividad directa y, en su caso, que ley 24.522, al no prever un privilegio o preferencia de pago, no da una respuesta adecuada a la acreedora involuntaria, víctima de violencia de género y además niña.

#### VII.d. Nuestra opinión

Creemos que la ley concursal, cuando califica como quirografario y niega privilegio especial con preferencia de pago al crédito indemnizatorio reconocido a una mujer/niña por ser víctima de violencia sexual y, de ese modo, le impide la percepción de una reparación integral en tiempo razonable -pasaron más de diez años desde que sufrió el hecho de violencia-, no supera el test de constitucionalidad y convencionalidad, el que resulta condicionante para la aplicación de las normas a los casos concretos. Tal conclusión alcanza mayor fortaleza si se repara en que, en el caso, la única acreencia verificada en el concurso -como privilegiada y quirografaria- corresponde a AFIP, o sea, a un organismo que integra el Estado Nacional, persona pública que asumió la responsabilidad internacional de garantizar los derechos humanos de mujeres y niñas.

En efecto, el Estado Argentino es parte en la **Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (CEDAW) (25)**, que desde 1994 tiene rango constitucional (art.75, inc.22). Este instrumento de derechos humanos condena la discriminación contra la mujer y por su intermedio nuestro país se comprometió, en ámbito internacional, a adoptar “medidas adecuadas, legislativas y de otro carácter, con las sanciones correspondientes, que prohíban toda discriminación contra la mujer”, a tomar “todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer practicada por cualesquiera personas, organizaciones o empresas” y a garantizar, incluso por “conducto de los tribunales nacionales”, “la protección efectiva de la mujer contra todo acto de discriminación” (art.2). Este tratado debe ser interpretado, como lo establece la citada norma constitucional, “en las condiciones de su vigencia”. En ese sentido, es preciso leer sus previsiones en sintonía con las interpretaciones que emite el Comité de la CEDAW **(26)**, según el cual la violencia contra la mujer viola los derechos humanos y es una forma de discriminación **(27)**, constituyendo “la prohibición de la violencia por razón de género contra la mujer”, que incluye a las niñas, “un principio del derecho internacional consuetudinario” **(28)**. Al hacer tema de las obligaciones de diligencia debida por los actos u omisiones de agentes no estatales, el Comité señala en la Recomendación General Nro. 35, que los Estados serán considerados responsables “en caso de que no adopten

todas las medidas apropiadas para prevenir, investigar, enjuiciar, castigar y ofrecer reparación por los que den lugar a la violencia por razón de género contra la mujer”. Asimismo, allí también se consigna que el hecho de que un Estado parte, entre otras cosas, no ofrezca reparación a las víctimas, constituye un permiso tácito o una incitación a cometer actos de violencia por razón de género contra la mujer, constituyendo tales omisiones “violaciones de los derechos humanos”. En la Recomendación General Nro.33, “Sobre el acceso de las mujeres a la justicia”, se destaca la necesidad de “que los sistemas de justicia ofrezcan a las mujeres una protección viable y una reparación significativa de cualquier daño que puedan haber sufrido” (II.A.e).

Por otra parte, en el ámbito regional, Argentina es parte en la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra La Mujer, conocida como de Belem do Pará (1994) que, aunque hasta la fecha no tiene rango constitucional, es un tratado de derechos humanos y tiene jerarquía superior a las leyes domésticas (art.75, inc.22, CN), que tiene como objetivo garantizar a toda mujer “una vida libre de violencia, tanto en el ámbito público como en el privado” (art.3). En lo que nos interesa, su art.4 inc. g, reconoce a la mujer el derecho “a un recurso sencillo y rápido ante los tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos” y su art.7, al fijar los deberes inmediatos de los Estados, impone en el inc. g “establecer los mecanismos judiciales y administrativos necesarios para asegurar que la mujer objeto de violencia tenga acceso efectivo a resarcimiento, reparación del daño u otros medios de compensación justos y eficaces”. Por otra parte, en el artículo 9, la Convención impone una protección reforzada para las mujeres en situación de vulnerabilidad, dentro de las cuales ubica a la mujer que es “menor de edad”, enfoque interseccional sobre el que hace foco de manera reiterada la Corte IDH en numerosos precedentes **(29)**.

La condición de niña de la acreedora, torna a su vez imperativas las obligaciones asumidas por la Argentina a través de la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la ley 23.849 (1990) y con rango constitucional (art.75, inc.22), el que ordena al Estado atender al “interés superior del niño” en todas las medidas que les conciernan y garantizar “en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo” (arts.3.1 y 6). Tales garantías fueron receptadas por la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de las Niñas, Niños y Adolescentes cuyo art.5°, al hacer tema de la responsabilidad gubernamental, dispone que las “políticas públicas de los Organismos del Estado deben garantizar con absoluta prioridad el ejercicio de los derechos de las niñas, niños y adolescentes”, especificando

que esa “prioridad absoluta implica”, entre otras metas, en la prioridad “en la exigibilidad de la protección jurídica cuando sus derechos colisionen con los intereses de los adultos, de las personas jurídicas privadas o públicas” (inc.2) y en la “Asignación privilegiada e intangibilidad de los recursos públicos que las garantice” (inc.4).;

Todos los derechos reconocidos por la CEDAW, la Convención de Belem do Pará, la Convención sobre los Derechos del Niño y la ley 26.061 son los garantizados por la ley 26.485 de Protección Integral de las Mujeres, como expresamente lo declara su art.3°.

El abuso sexual de una niña constituye, desde los instrumentos internacionales referenciados, un hecho de violencia de género y por lo tanto el tratamiento normativo y jurisdiccional del acceso al resarcimiento de la víctima de tal ilicitud no puede prescindir de los imperativos fijados por ellos. Ello es así porque, de acuerdo al artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, aprobado por la ley 19.865, el Estado, del que los poderes judiciales forman parte, no puede “invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado”.

El hermetismo del sistema de privilegios concursales cede necesariamente ante la protección debida a la acreencia indemnizatoria adeudada a una niña víctima de violencia sexual. Y ello es así por el impacto del núcleo duro de protección de los derechos humanos de género y niñez. Es que el derecho, en tanto sistema, está conformado por distintos institutos jurídicos que no pueden ser vistos como compartimentos estancos, sino que deben integrarse adecuadamente para lograr el equilibrio y alcanzar su finalidad, que es el ordenamiento justo de las relaciones humanas.

Es cierto que en materia de privilegios no sólo está en juego la relación entre el deudor y sus acreedores sino también la de los acreedores entre sí, al punto que la preferencia que se reconoce a cualquiera de ellos redundaría en el mayor sacrificio que deberán soportar los demás; pero no es menos cierto que, en el caso, de acuerdo a lo que se desprende del dictamen que analizamos, el acreedor que desplaza a la acreencia de la menor afectada es el propio Estado Nacional, a través de uno de sus organismos: la AFIP. Y si alguna duda cupiere, no estaría habilitado el mismo Estado que se comprometió a garantizar el acceso de la mujer a un resarcimiento justo que repare los daños que le produjo la violencia de género y a un recurso judicial o administrativo rápido que lo concrete, el que se desentienda de los deberes contraídos. En el caso, existe además una norma de derecho interno que resquebraja la preferencia

que le suministra al crédito fiscal el ordenamiento concursal, como lo es la prioridad absoluta, incluso en la asignación de recursos públicos, que impone el art.5° de la ley 26.061. Es decir, que es la propia ley interna que, ante la colisión entre los intereses del niño, niña o adolescente y los de una persona jurídica pública, ordena el triunfo de los primeros (inc. 2).

Se añade que una noción de igualdad como la que contiene el artículo 75 inciso 23 de la CN, que no es la igualdad formal clásica, sino la igualdad como no sometimiento de los colectivos estructuralmente vulnerados, entre los que se ubica a las mujeres y niñas, exige una relectura de las normas que deje espacio al diálogo de fuentes y a una interpretación del derecho doméstico que haga anclaje en el derecho internacional de los derechos humanos y en los principios y los valores que éste insufla. Esa visión más robusta de la igualdad es la que legitima medidas de acción positiva que garanticen la igualdad real de oportunidades y de trato y que, aún en ausencia de una previsión expresa en los convenios internacionales, permite calificar al privilegio o prioridad de pago como una calidad imprescindible, para que los valores y principios que entronan esos tratados puedan alcanzar concreción real y no se reduzcan a meras expresiones de deseos o palabras vacías de todo contenido.

Para finalizar, no podemos dejar de celebrar que el Ministerio Público Fiscal de la Nación, que por imperativo constitucional (art.120 CN) tiene por función promover la actuación de la justicia en defensa de la legalidad y de los intereses generales de la sociedad, impulse con tanta solidez la aplicación de los estándares internacionales de derechos humanos de las mujeres en la interpretación del derecho y que exija la incorporación de la perspectiva de género en los pronunciamientos que dicten las agencias judiciales ya que la ausencia de este no garantiza la protección judicial efectiva que jueces y juezas están llamados/as a resguardar.

\*\*\*\*\*

---

(\*) *Abogada. Doctora en Ciencias Jurídicas. Profesora Adjunta Regular de Elementos de Derechos Reales (UBA). Jueza de la Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo.*

#### **Bibliografía**

(1) El art. 2574 del Código Civil y Comercial establece: "Origen legal. Los privilegios resultan exclusivamente de la ley. El deudor no puede crear a favor de un acreedor un derecho para ser pagado con preferencia a otro, sino del modo como la ley lo establece".

(2) Fallos: 298:633.

(3) CORNA, Pablo M., Teoría general de los privilegios, Cathedra Jurídica, Bs. As., 2008, p.28.

(4) Fallos: 337:315.

(5) Es importante destacar que el Convenio 173 de la OIT, si bien fue ratificado por la ley 24.285 emanada del Congreso Nación, aún no obliga a nuestro país en el orden internacional porque todavía el PEN no ha hecho el depósito de los instrumentos ante el Director General de la OIT. A pesar de ello, la CSJN consideró que sus previsiones, dada la ratificación por el Congreso, eran derecho positivo vigente en nuestro país.

(6) Si bien el texto del Convenio 173 OIT no menciona explícitamente en su art.6° a la indemnización por accidente de trabajo, sí lo hace la Recomendación n° 180 de la OIT, que tuvo en consideración la CSJN porque "complementa las disposiciones del Convenio, determina que el privilegio debería alcanzar, además, a las indemnizaciones por 'accidentes del trabajo y enfermedades profesionales cuando corran directamente a cargo del empleador' (punto II, 3.1.f)". Sobre el valor de la Recomendaciones del organismo internacional, el Alto Tribunal dijo: "las recomendaciones de la OIT, aunque carecen de contenido propiamente normativo (por lo que no están sujetas a la ratificación de los estados y no generan per se obligaciones internacionales para éstos), tienen un inapreciable valor a la hora de interpretar y determinar los alcances de las prescripciones de los convenios a los que se refieren en razón de provenir del mismo foro que ha dado vida a éstos" (Considerando 9°).

(7) Como ha dicho la jurisprudencia: "la circunstancia de no haberse depositado el documento de ratificación del citado Convenio 173 ante la OIT no impide entender que sus disposiciones resultan operativas en nuestro derecho interno, habida cuenta su aprobación por la ley 24.285 y sin la necesidad de una medida (conf. Bermúdez, J., Los privilegios concursales en orden a la reparación por accidente del trabajo y los Convenios de la OIT, en la obra colectiva dirigida por Heredia P. y Arecha, M., "Corte Suprema de Justicia de la Nación - Máximos Precedentes - Derecho Comercial", Buenos Aires, 2015, T. IV, p. 248 y ss.)" (Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial, sala D, 16.07.2019, Karolingya Investments S.A. s/ quiebra).

(8) La CS ha señalado: "Es elemental en nuestra organización constitucional la atribución que tienen y el deber en que se hallan los tribunales de justicia, de examinar las leyes en los casos concretos que se traen a su decisión, comparándolas con el texto de la Constitución para averiguar si guardan o no conformidad con ésta, y abstenerse de aplicarlas, si las encuentran en oposición con ella" (Sentencia del 19.08.2004, en el caso: "Banco Comercial de Finanzas S.A. -en liquidación Banco Central de la República Argentina- s/ quiebra", Fallos: 327:3117).

(9) La Corte Interamericana de Derechos Humanos, en el Caso Almonacid Orellano y otros Vs. Chile, del 26.09.2006, señaló: "En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de 'control de convencionalidad' entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana", párrafo 124.

(10) También lo deben hacer quienes cumplen funciones legislativas, o sea, verificar que los instrumentos que emitan, como leyes, ordenanzas, reglamentos, etc., no se contradigan ni con la CN ni con los tratados.

(11) Fallos: 341:1511.

(12) Fallos: 342:459.

(13) Por excusación del Juez Rosenkrantz.

(14) Lo hizo aludiendo a la Observación General N° 9/1998 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

(15) De esta teoría hizo mérito la CS en el precedente conocido como el caso de las Colectiveras de Salta, en el caso "Sisnero, Mirtha Graciela y otros c. Taldelva SRL y otros s/ amparo" (Fallos: 337:611).

(16) SABA, Roberto "(Des)Igualdad Estructural", <http://www.pensamientopenal.com.ar/system/files/2014/03/doctrina38411.pdf>

(17) Un análisis profundo, que contrapone las visiones constructivista y formalista, puede verse en: VÁSQUEZ, Guadalupe, en "Adjudicación constitucional aplicada. Enfoques formalistas vs. Constructivistas", La Ley Online TR LALEY AR/DOC/2378/2019. La autora destaca las

diferentes nociones de igualdad que utilizan dichos enfoques para abordar el conflicto constitucional. Concluye que: “Frente a la incompletitud del derecho hay que asumir que los principios requieren integración por parte de los operadores de justicia” y que “En el caso particular de los derechos del niño en las quiebras, la postura constructivista implica un avance social relevante”. V., también: YUBA, Gabriela, “El Estado y el deber de proteger a los sujetos vulnerables”, en La Ley Online: TR LALEY AR/DOC/1301/2019, quien pone énfasis en que: “Se impone un análisis integrador del bloque de constitucionalidad frente a normas del Derecho Comercial, y más específicamente del ámbito concursal, donde el impacto en los sujetos vulnerables (...) afecta sus derechos fundamentales. En la misma línea: MARTÍNEZ, Marisol, “Régimen de privilegios: bloque federal de convencionalidad y acreedor involuntario. La igualación de los desiguales no es igualdad ante la ley”, La Ley Online TR LALEY AR/DOC/1744/2019; autora que se manifiesta muy crítica respecto de la solución dada por la CS en el caso “Asociación Francesa”, al que descalifica “por omitir la aplicación de las disposiciones de orden público e internacionales reconocidas en nuestro sistema como bloque federal de convencionalidad, que claramente desplazan las normas de la Ley de Quiebras, afectándose el principio de progresividad receptado en diversas normas de derecho internacional de los derechos humanos, las que cita expresamente, en tanto retrocede en el reconocimiento de derechos al estado anterior a la entrada en vigencia de las directivas de la Convención sobre los Derechos del Niño, ley 23.849 y ley 26.061, como asimismo desconoce los principios de la ley 26.378 que aprobara la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y su protocolo facultativo”.

(18) Ver: CAPDEVILA, Guillermo H. (h.) - PALAZZO, Carlota, “Una solución de justicia distributiva que no repara en sus posibles consecuencias”, La Ley Online TR LALEY AR/DOC/3499/2019, quienes entienden que la CS “en pos de un fin loable, pretende redistribuir actuando sobre la asignación de las cargas y beneficios emanados de una situación propia de un caso determinado, pero al hacerlo, genera un desbalance” y que para ello se “requería un análisis de mayor envergadura” que abarcase “el paradigma básico de adjudicación de los derechos vinculados”, sin el cual proyectan la posibilidad de que la solución del caso particular, conduzca “solo a un estado disvalioso donde los derechos que se atienden en el caso individual se precarizan, por consecuencia, respecto de los otros propios de la misma clase”. Se afirma: “no hacen un análisis de cómo quedarán articulados los derechos en juego luego de su fallo. Dan por cierto que el acreedor involuntario estará mejor, pero ¿lo estarán los acreedores con garantía real? y ¿los demás quirografarios, miembros de su misma clase...y tal vez de causa similar? o ¿cómo quedan los demás miembros de la clase genérica —pacientes— frente al global de la clase proveedores de servicios de salud?”

(19) VÁSQUEZ, Guadalupe, op. y loc. cit.

(20) CAPDEVILA, Guillermo H. (h.) - PALAZZO, Carlota, op. y loc. cit.

(21) Aprobado por el Congreso Nacional a través de la ley 24.632 de 1996.

(22) Mecanismo de Seguimiento de la Implementación de la Convención de Belem do Pará.

(23) En el dictamen se citan: la Recomendación General Nro. 19 del Comité de la CEDAW sobre “La violencia contra la Mujer” (puntos 9 y 24, t) y la Recomendación General Nro.35, que actualiza a la anterior; la “Declaración sobre la violencia contra las mujeres, niñas y adolescentes y sus derechos sexuales y reproductivos” del 19.09.2014 del MESECVI;

(24) Adoptadas por la CSJN (Acordada 5/2009) y por la PGN (Resol. 58/09).

(25) La CEDAW fue aprobada el 18.12.1979 por la Asamblea General de las Naciones Unidas y entró en vigor como tratado internacional el 03.09.1981, tras su ratificación por veinte países. Argentina lo aprobó en 1985 a través de la ley 23.179 y desde la reforma constitucional de 1994 integra el bloque de constitucionalidad federal.

(26) Denominado por el art.17 de la CEDAW: “Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer”

(27) Recomendación General Nro.19 de 1992 sobre La violencia contra la mujer.

(28) Recomendación General Nro.35 de 2017 sobre La violencia por razón de género contra la mujer, por la que se actualiza la Recomendación General núm. 19

(29) Ver, entre otros, el Caso V.R.P., V.P.C. y otros Vs. Nicaragua. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, del 8 de marzo de 2018 (Serie C No. 350).

---



## **CONTRATAPA**

*Continuando con la ardua labor que conlleva la publicación de esta prestigiosa revista de derecho privado es que concluimos la edición del Volumen II., esperamos que siga cumpliendo con las expectativas del lector. Asimismo, les recordamos que el Volumen III podrá encontrarse en Noviembre, puesto que la tirada es trimestral.*

*Por último, todo aquel autor que quisiese publicar sus artículos en la presente revista deberá comunicarse con el Comité Académico.*

**CIERRE VOLUMEN II**