



Acceda **sin cargo** al portal de noticias jurídicas **TRLaLey**, escaneando el siguiente **código QR**.

Nora Lloveras

“Todo lo que está bien”
Despedida a una gran amiga

Estas son las columnas que jamás quisiéramos escribir; pero, como se dice —y lamentablemente con razón—, el irnos forma parte de la vida. Hoy despedimos con profundo dolor a una gran amiga que la vida nos regaló.

Cuando alguien se refiere a Nora de Córdoba, es ella; no es necesario agregar nada más.

A lo largo de su frondosa y dinámica vida académica, Nora supo formar diferentes equipos de trabajo con una sola fórmula exquisita: responsabilidad, disciplina, estudio —al que de manera informal llamaba “horas culo-silla”— y una dosis perfecta de buen humor, muy buen humor. La palabra justa, la mirada precisa, la mano amiga, el aliento que sintetizaba en esa expresión tan suya: “*miremos blanco*”, explican por qué vivió rodeada de discípulos fieles que la acompañaron hasta el último día.

Fue un baluarte del derecho de las familias; fiel representante de la camada contemporánea que se animó con convicción a revisar las relaciones de familia desde la obligada perspectiva constitucional-convencional, supo que defender la regulación del matrimonio entre personas del mismo sexo implicaba profundizar las nociones de libertad, autonomía, igualdad y no discriminación; y que repensar los vínculos familiares desde la concepción de los niños, niñas y adolescentes como sujetos de derecho significaba desarmar la perimida “patria potestad” y reconvertirla en una institución más porosa, flexible, abierta y compleja.

Formó parte de ese grupo humano ecléctico, activo y comprometido que redactó el entonces Anteproyecto de Reforma y Unificación del Código Civil y Comercial; fue una tarea ardua, que aceptó inmediatamente, y que llevó adelante, con esa sonrisa genuina con la que la recordaremos siempre, motorizando uno de los subgrupos de trabajo bajo un ritmo a su estilo, al trote, parando cada tanto para comer alguna “comida sana” —con bastante poco sabor— y seguir para aprovechar al máximo el tiempo en esos encuentros por-

CONTINÚA EN PÁGINA 4

El *status* legal del Estado argentino

SU RELACIÓN CON LA INSEGURIDAD JURÍDICA, LA LITIGIOSIDAD Y LA CORRUPCIÓN

Horacio M. Lynch (*)

SUMARIO: I. Introducción.— II. El *status* de privilegio del Estado Nacional. Ventajas e inconvenientes.— III. El *status* y el caso especial del asesoramiento legal y la defensa judicial del Estado.— IV. Propuestas, conclusiones y sugerencias. El *status* del Estado Nacional. *Pros & cons*. Por qué revisarlo. Nuevos criterios.— V. Final.

➔ El Estado Nacional tiene un *status* jurídico de privilegio, con prerrogativas exorbitantes e, hipotéticamente, dichos privilegios se justifican “en aras de una mejor protección del interés público”. Este ensayo invita a discutir esta hipótesis en relación con la inseguridad jurídica, la alta litigiosidad y la corrupción en el Estado y, de alguna forma, el asesoramiento legal y la defensa judicial. Y concluye que la situación legal actual o, en todo caso, la forma como se la interpreta, antes que beneficiarlo, podrían perjudicarlo y potenciar aquellos flagelos.

I. Introducción (**)

Advirtiendo nuestra endeble seguridad jurídica, la alta litigiosidad del Estado, los niveles de corrupción y los daños patrimoniales que le ocasionan, y para mejorar esta realidad vinculada con aspectos legales y judiciales, este ensayo considera positivo revisar el *status* legal del Estado, sugiriendo que podría ser una de las causas de tales males. Con datos de la realidad, este trabajo propone revisarlo para avanzar, con sus resultados, hacia otros temas vinculados.

Según si se modera o modifica el criterio de una sobreprotección o privilegio del Estado frente a los particulares y el sesgo de la defensa irrestricta de los intereses, y, también, si se simplifica la enorme maraña burocrática, derivarán las conclusiones sobre los otros temas: cómo actúa, contrata, cómo se lo protege (o sobreprotege), si ello le conviene o

perjudica, y las consecuencias positivas y negativas de cómo se lo asesora, cómo se lo defiende, cómo utiliza sus recursos humanos. Constatada la corrupción, la inseguridad jurídica y los daños patrimoniales al Estado, aquí se intenta demostrar que estos males están relacionados —contrariamente a lo que podría pensarse— con el *status* privilegiado y sobreprotector del que goza el Estado argentino. Y, sin profundizar en la legalidad o constitucionalidad de dicho *status*, que tiene connotaciones antirrepublicanas, se intenta demostrar de qué forma están vinculados.

Lo que es claro es que estos fenómenos —litigiosidad, corrupción, inseguridad jurídica— son síntomas de algo muy grave e interrelacionado, y ello nos conduce a analizar las causas.

La *inseguridad jurídica* se relaciona, entre otras causas, con el *status* jurídico del Estado y con la sobreprotección aludida. Quien contrata con el Estado sabe que ante un conflicto tiene pocas posibilidades de obtener justicia en un plazo relativamente breve, y tal riesgo se refleja en el precio que le cobra al Estado (consciente de ello, en las licitaciones PPP de 2018, para obtener mejores ofertas, se aceptaron cláusulas de arbitraje y otros medios de solución de conflictos más técnicos y más rápidos).

La *inseguridad* también se vincula, naturalmente, con el mal funcionamiento de la justicia (una de las ramas del Estado) y, en los últimos tiempos, con el dañino activismo judicial, que revisa descontroladamente la constitucionalidad de leyes, decretos y actos, dicta medidas cautelares y con efectos *erga omnes*, y nos ubica muy cerca del nocivo “gobierno de los jueces” (1).

La *litigiosidad*, por otro lado, no es un simple dato o una deformación argentina: es claramente un síntoma de una gravísima patología que es la que se sugiere investigar, que tiene vinculación con aquel *status* del Estado,

y está vinculada con la corrupción (recordar, por ejemplo los juicios por accidentes fraguados de los ferrocarriles en los ‘90).

La *corrupción*, por su parte, tampoco es un mal endémico del país: naturalmente es resultado de disfunciones éticas de los funcionarios y empresarios, de malas leyes, pero también de prácticas corruptas, de exceso de burocracia, de controles ineficientes —en muchos casos orientados a la colusión—, que complican la vida al honesto, sin disuadir al deshonesto, y que funcionan como aparentes redes de seguridad que en la realidad son totalmente vulnerables. Es, seguramente, el resultado de errados enfoques legales, y, en ocasiones, de estrategias desacertadas. Finalmente, también se vincula con la *impunidad*, con la ausencia de sanciones y aun con prerrogativas del funcionario público, con deberes y obligaciones muy diferentes de las de los directivos de las empresas privadas.

II. El *status* de privilegio del Estado Nacional. Ventajas e inconvenientes

II.1. Las prerrogativas

Supuestamente nuestro Estado Nacional tiene un *status* jurídico de privilegio y, también hipotéticamente, ello lo beneficia.

De esta concepción se derivan múltiples consecuencias, como por ejemplo: el *ius variandi* en sus contratos, la reclamación administrativa previa para demandarlo judicialmente y, en ocasiones, con intervención previa de tribunales administrativos. El Estado no acepta someterse a sistemas de mediación o resolución de conflictos más rápidos y en pie de igualdad con los particulares. Impulsa la mediación en los conflictos de los particulares, pues la considera beneficiosa, pero no se somete a ella. Llegado al juicio, tiene mu-

CONTINÚA EN PÁGINA 2

Nora Lloveras

Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera

DOCTRINA. El *status* legal del Estado argentino. Su relación con la inseguridad jurídica, la litigiosidad y la corrupción

Horacio M. Lynch..... 1

NOTA A FALLO. ¿Cuáles son los “escritos de mero trámite” y por qué son importantes?

Pablo A. Grillo Ciocchini..... 5

JURISPRUDENCIA

PRESENTACIONES DIGITALES. Recurso de queja. Depósito previsto en el art. 286 del Có-

digo Procesal Civil y Comercial. Intimación. Ingreso en el sistema informático Lex 100 de la presentación electrónica que informa un pago. Incumplimiento de la obligación de presentar el original en soporte papel. Acordada 3/2015. Prueba de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso. Desestimación. Disidencia. Escrito de mero trámite (CS)..... 4

VIOLACIÓN DEL DEBER MORAL DE FIDELIDAD. Sistema de divorcio incausado. Daño moral. Improcedencia. Disidencia (ST La Pampa) 6

BENEFICIO DE JUSTICIA GRATUITA. Interpretación en el derecho de consumo. Alcance (CNCom.) 11



CORREO ARGENTINO CENTRAL B

FRANQUEO A PAGAR CUENTA N. 10288-1

El *status* legal del Estado Argentino

● VIENE DE TAPA

chas ventajas procesales: plazos, traslados, no paga tasa de justicia, le resulta fácil trabar medidas cautelares, y no a la inversa; en una época existía un recurso ordinario ante la Corte en causas de cierto monto (vigente aún en causas jubilatorias). Por épocas se han suspendido los plazos judiciales por meses y años. Finalmente, las sentencias en su contra no se pueden ejecutar y se lo ha autorizado a desobligarse pagando con bonos.

Se considera que, en tanto el Estado busca el bien común, se justifica un *status* de privilegio frente a sus contratantes. En la práctica, podría discutirse —y este documento propone analizarlo— si todo esto lo beneficia.

Naturalmente, esta situación de preeminencia, en el corto plazo, facilita el accionar del Estado y de sus funcionarios. Pero, a la larga, como de alguna forma es una invitación a “hacer lo que le venga en gana”, tiene un costo para el Estado.

Seguramente por ello en los Estados Unidos hay reacciones contra esta concepción⁽²⁾. Y, afortunadamente, también en la doctrina de nuestro país⁽³⁾.

Por ello, contrariamente a lo que a primera vista podría suponerse, aquí se afirma y se ejemplifican muchas situaciones que lo perjudican.

II.2. Las prerrogativas inciden en la seguridad jurídica, en el riesgo país y, consecuentemente, en costos más altos ⁽⁴⁾

La seguridad jurídica de nuestro país es baja, en parte por las prerrogativas del Estado. La inseguridad jurídica se refleja, directamente, en el índice de riesgo país y, consecuentemente, en mayores tasas que se le cobran en los préstamos. En mis estudios efectuados durante la década del 90, cuando parecía que se habían alcanzado las premisas económicas para lograr el deseado “grado de inversión”, señalaba los factores extraeconómicos que se evaluaban y que impedían promover a la Argentina a un grado superior. En los últimos tiempos han cambiado algunos parámetros, mejoramos en otros, pero continúa la *inseguridad física*,

se mantiene la comentada interpretación del *status* del Estado, la corrupción y la litigiosidad ⁽⁵⁾.

Es que esta real situación de privilegio se vuelve en su contra en tanto quien contrata con el Estado Nacional tiene que tomar provisiones, incrementando precios. Así, el Estado paga mucho más que un particular en sus compras y contrataciones, cuando debería ser lo contrario ⁽⁶⁾.

II.3. La burocracia y los controles encarecen las contrataciones (aunque no impidieron la corrupción)

El *status* privilegiado del Estado se traduce en procesos muy engorrosos de contrataciones y un pesado sistema de control, con muchos recaudos que convierten a las licitaciones en complejas, lentas y costosas. Quizás podría aceptarse si evitara la corrupción. Pero, en verdad, la corrupción se enseorea en las oficinas del Estado adquiriendo proporciones catastróficas en los últimos tiempos. Así, en la práctica, todo esto se traduce en los referidos mayores costos que debe pagar (estos *controles* no sirvieron para impedir la corrupción en el Estado que existe desde hace décadas).

II.4. La situación judicial del Estado

A su vez, las prerrogativas judiciales del Estado son un factor casi determinante en los mayores costos que paga. Las dificultades para demandarlo, los privilegios de los que goza y el carácter declarativo de las sentencias son un factor de encarecimiento. Además, disminuyen los oferentes, puesto que muchos no desean quedar a merced del funcionario. Otros se presentan, pero con presupuestos muy inflados ante la eventualidad de tener problemas.

Corroborando esta afirmación, señalo que en las licitaciones PPP de 2017, para mejorar las propuestas, se *flexibilizó* el *status* del Estado, aceptando las Comisiones Técnicas y someterse a arbitraje.

II.5. Los tribunales administrativos agregan instancias sin acelerar las soluciones

Existen en el Estado Nacional muchas oficinas y tribunales administrativos que conforman una instancia previa a la judicial, para que los diferendos puedan tener una solución en un ámbito confiable para el Estado. Pero si esto es lo que justifica la existencia de tales tribunales, no se entiende que el Estado pueda apelar a la justicia tanto como lo hace el particular: si el órgano

jurisdiccional de su confianza dice que tiene que pagar y no lo hace, cabe preguntarse por el sentido y razón de ser de estos tribunales. El caso más evidente es el del Tribunal Fiscal (donde se radican infinidad de contiendas entre el organismo recaudador y los particulares), que, para el Estado, debería ser la última palabra.

II.6. El Estado deudor

Vinculado con lo anterior, hay que revisar la conducta del Estado como deudor contumaz, con las dilaciones en el cumplimiento de las sentencias, con las apelaciones dilatorias, pues, además del *costo* moral, tiene un alto costo económico. Las Administraciones dilatan todo lo que pueden los cumplimientos, procurando que el momento de pagar no acaezca en su período.

II.7. Criterios clásicos

Pero debemos decir que no fue siempre así. Esta situación no existía al principio de la República, donde se hacía un culto del cumplimiento de los compromisos, pero se cristaliza a mediados del siglo pasado, cuando fueron exacerbados y mal interpretados estos privilegios. Por ello, lo que aquí se sugiere no implica más que regresar a los conceptos clásicos, que gravitaron hasta los años 50 del siglo XX; aun con estas prerrogativas, el Estado hacía un culto del cumplimiento de los compromisos, y no solamente por razones éticas, sino porque sabía que el buen crédito facilitaba y abarataba las contrataciones ⁽⁷⁾. En los litigios, el Estado no podía pleitear de mala fe, ni oponer defensas “inmorales”. En los tribunales federales el Estado era un litigante más. Los jueces no titubeaban si debían condenarlo, y sus sentencias debían cumplirse. Recuerdo, por ejemplo, que la Procuración del Tesoro no oponía la prescripción, porque se consideraba que el Estado siempre debía honrar las deudas. Hoy han cambiado los criterios, y priman los opuestos.

II.8. Estudiar los costos

Estas reflexiones, sustentadas en datos de la realidad, de todos modos deberían evaluarse.

Por ejemplo, el costo de la inseguridad jurídica derivada del *status* privilegiado del Estado tiene un directo reflejo en el riesgo país, y puede evaluarse.

Otro ejemplo: también puede estudiarse si la reclamación administrativa previa tiene algún beneficio para el Estado que justifique su mantenimiento.

También puede evaluarse el costo de las decisiones que se toman en el Estado. Como hay una asincronía entre el momento en que se toman las decisiones y aquel en que el Estado abona lo que esa decisión le ha costado, en la práctica se consagra una irresponsabilidad gravosa de los funcionarios y de los legisladores. Lamentablemente, nuestra historia está plagada de estas decisiones equivocadas, que resultaron muy costosas, por ejemplo:

(a) Por razones ideológicas, el gobierno del Dr. Illia rescindió en 1964 los contratos petroleros que había suscripto el presidente Frondizi en 1958. Con enorme costo para el país, se abonaron indemnizaciones a los afectados y aun se benefició a las empresas que no habían descubierto petróleo.

(b) Pensemos en el *default* de 2001 y los juicios del CIADI. El repudio de la deuda externa del país no afectó a los responsables, en tanto las Administraciones posteriores al *default* pudieron exhibir resultados económicos positivos por no pagar las deudas; cuando llegó el momento de pagar las sentencias ante el aislamiento mundial de la Argentina —recordar el papelón mundial con la Fragata Argentina embargada en el puerto de Ghana—, la opinión pública se lo achacó al gobierno que cumple, pese a no haber sido responsable, en tanto los mismos que aconsejaron el *default* protestan airadamente.

(c) Entre 2006 y 2007 se resolvió retocar los datos del INDEC, para exhibir una menor inflación y pagar menos intereses, pero con el tiempo habrá que pagar lo que correspondía (además de perder un instrumento de medición muy valioso), y nadie resultará responsable.

III. El *status* y el caso especial del asesoramiento legal y la defensa judicial del Estado

El exagerado tamaño y el *status* legal del Estado, con sus prerrogativas y privilegios, que lo hacen actuar arbitrariamente y con cierto desinterés por las consecuencias, se refleja negativamente en su situación litigiosa.

III.1. La anormal litigiosidad del Estado y el preocupante porcentaje de vencimiento en los pleitos ⁽⁸⁾

Nuestro Estado tiene un enorme capital humano en los 3500 integrantes del Cuerpo de Abogados del Estado y en las 132 oficinas jurídicas de los Ministerios y sus dependencias ⁽⁹⁾, pero aun así padece un altísimo nivel de litigiosidad y, también, un alto porcen-

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado (UCA, 1966). Fundador de FORES.

()** Este ensayo surge de la experiencia profesional de más de medio siglo, y especialmente de tres estudios: a) LYNCH, Horacio M., “Seguridad jurídica y crecimiento económico (Los indicadores de la seguridad jurídica y un test pionero para su medición)”, 1993, <http://abogados.com.ar/seguridad-juridica-y-crecimiento-economico-los-indicadores-de-la-seguridad-juridica-y-un-test-pionero-para-su-medicion-1993/20488>; b) “Seguridad jurídica en las compras y contrataciones del Estado”, del que existe una síntesis “US\$ 5,000 millones de ‘sobrepeso jurídico’ en las compras y contrataciones del Estado (La inseguridad jurídica como causa principal de los ‘sobrecostos’)” en INFORMACION EMPRESARIA, No. 285, Jun 2003, http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/Justicia/Funcional/HML_InfEconom285_Jun03.pdf; y c) LYNCH, Horacio M. en “La Abogacía privada y el Estado”, LA LEY, 1990-B, 1248, https://docs.wixstatic.com/ugd/305a97_c4dcd5818e064118b5fd19706f0ef7a4.pdf.

(1) V. LYNCH, Horacio M., “Seguridad jurídica y crecimiento económico...”, cit.

(2) V. HAMBURGER, Philip, “The history and danger of administrative law”, *Columbia Law School*, vol. 43, nro. 9, septiembre/2014, <https://imprimis.hillsdale.edu/the-history-and-danger-of-administrative-law/>.

(3) V. SANTIAGO, Alfonso - BOULIN, Ignacio - CADENAS, Eduardo, “Innovar el derecho administrativo. Bases para la mejora del sistema regulatorio y la calidad de las políticas públicas en Argentina”: “...2. El derecho está fuera de los tribunales. En nuestros días el derecho administrativo es pensado mayormente desde el punto de vista del control judicial —puede tomarse como un indicador de la corrección de esta afirmación la comparación entre la cantidad de fallos que se estudian en los cursos de derecho administrativo y la cantidad de procedimientos y normas administrativas, en sentido lato, que se analizan para evaluar cómo se tomó la decisión—. Usualmente, en las Facultades de Derecho se fomenta una visión parcial (y patológica) del derecho administrativo, que enfatiza la importancia del remedio judicial ante el comportamiento antijurídico de la Administración [...], sin prestar, tal vez, demasiada atención a su prevención. Sin embargo, al menos desde una óptica temporal, el objeto del derecho administrativo parece consistir más en la regulación del ejercicio de la función administrativa —a fin de posibilitar su correcto desempeño— que en el control judicial de la Administración, el cual se revela como un remedio tardío ante el fracaso de la gestión. En este sentido, conviene recordar que la revisión judicial no es el fin al que se dirige la actividad administrativa, sino un medio a través del cual se la fis-

caliza [...]. El derecho ‘ocurre’ la mayoría de las veces fuera de los estrados. Y el derecho administrativo ocurre por ejemplo, cuando se organiza un servicio público y se prioriza llegar con las cloacas a una zona y no a otra; cuando se permite o se rechaza un servicio innovador; cuando se facilita la realización de un trámite o cuando se piensan las preguntas de un cuestionario de aduanas...” (<http://www.austral.edu.ar/escueladegobierno/wp-content/uploads/2018/03/santiago-boulin-cadenas.pdf>).

(4) V. LYNCH, Horacio M., “Seguridad jurídica y crecimiento económico...”, cit.

(5) GRAFE, Fernando, “¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina” (con la colaboración de Luciano Strazza), Banco Interamericano de Desarrollo, 2014, <http://services.iadb.org/wmsfiles/products/Publications/38638575.pdf>. Conf. Informe BID, nota 18: “...Debilidades observadas: factores explicativos. Los problemas de efectividad observados en algunas de las agencias de defensa jurídica tienen un evidente impacto en términos fiscales. En ausencia de un control adecuado de los pasivos contingentes y de los factores que los originan, los efectos sobre los costos de captación de recursos en los mercados financieros internacionales pueden ser elevados como consecuencia de un incremento de la prima de riesgo y de una rebaja en el grado de inversión del

país...”.

(6) Sigo en este caso mi investigación “Seguridad jurídica en las compras y contrataciones del Estado”, cit.

(7) Recordar a Pellegrini prometiendo pagar la deuda externa a cualquier costo.

(8) El procurador del Tesoro de la Nación, Carlos F. Balbín, expuso que “el punto que nos convoca en este encuentro es la definición de políticas públicas en materia de litigiosidad. En tal sentido, es necesario analizar las causas que las generan y buscar cómo evitarlas. En términos complementarios, debemos observar el nivel de recupero del Estado, en relación a la cantidad de juicios que se inician contra particulares y preguntarnos cuál es el sentido de encarar tales procesos judiciales. Para alcanzar este objetivo necesitamos un registro confiable. Es imposible definir una política pública si no tenemos información completa, fidedigna y transparente. Además es fundamental contar con la participación de los órganos de control, como la SIGEN y AGN para coordinar las acciones y el trabajo conjunto” (v. noticia: “Se desarrolló en la SIGEN un evento sobre el Sistema Único Informático para la Gestión Judicial”).

(9) Datos del Dr. Carlos Balbín, entonces titular de la Procuración del Tesoro de la Nación, en <https://www.lagaceta.com.ar/nota/706395/politica/debemos-evitar-juicios-contr-estado.html>.

taje de condenas. Según el ex procurador Dr. Carlos Balbín, en 2011 había 60.000 juicios y 575.000 reclamos por jubilaciones, en tanto que el actual procurador Dr. Bernardo Saravia Frías los estima en 100.000 (10). Por ello, durante la actual Administración Macri se promovieron nuevos programas sobre “Coordinación y asistencia del Cuerpo de Abogados del Estado” y un “Observatorio de la litigiosidad pública”. Todo esto aparece como muy positivo, así como también algunos caminos para reducir los litigios, pero los procuradores, correctamente, aconsejan concentrarse en *las causas* de esta situación (11).

III.2. Estudio comparado. Los medios alternativos. El arbitraje, la mediación y otros

En la línea de profundizar las causas debe revisarse nuestro sistema de asesoramiento legal y defensa judicial del Estado. Hasta 1967 la Procuración del Tesoro concentraba la defensa judicial del Estado. De ese año es la ley 17.516, que la distribuyó entre las oficinas jurídicas de Ministerios y reparticiones, por lo que podría resultar útil una evolución de aquella decisión y, además, un relevamiento exhaustivo del Cuerpo de Abogados del Estado y de las oficinas jurídicas del Estado Nacional. Sugiero una evaluación de los resultados y aun de la experiencia vivida en la crisis del 2001, que concentró en el Ministerio de Economía la defensa judicial del Estado Nacional en los conflictos financieros (12).

También serviría compararlo con otros sistemas. En este sentido, recomiendo el exhaustivo estudio dirigido por el Dr. Fernando Carrillo, ex ministro de Justicia y actual procurador de la República de Colombia, con estadísticas y descripción de las diferentes *tipologías* de gestión de la defensa jurídica, con estudios comparados de los distintos modelos: el *concentrado* (seguido, entre otros, por Italia, España y EE.UU.), el *híbrido* (de la propia Colombia) y el *desconcentrado*, en países como Francia o México (13). También deben considerarse las conclusiones del estudio del BID de 2014: “¿Es efectiva la defensa jurídica del Estado? Perspectivas sobre la gestión del riesgo fiscal en América Latina” (14).

Y debe revisarse el sistema en función de los criterios que se deducen del *status* que estoy analizando. Por ejemplo, a diferencia de otros países, en la Argentina se sostiene que el Estado no puede someter sus conflictos a otro sistema que no sea el Poder Judicial, considerando que afecta el orden público. Pero si nuestro Estado promueve e impone a los particulares la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos, ¿cuál es la razón de que algo pueda ser bueno para la generalidad de la sociedad pero no para nuestro Estado, si no es una inadecuada interpretación de su *status* legal? Brasil siempre se sometió a arbitraje, y se considera que lo ha favorecido (15).

III.3. Las causas

Continuando con el análisis de las causas de la excesiva litigiosidad, podría reflexionarse sobre los siguientes aspectos:

III.3.a. Se desaprovecha el asesoramiento preventivo

En un estudio que realicé hace mucho tiempo (que terminé de delinear luego de un proyecto que preparé para un concurso del CONICET), pero con conclusiones vigentes, refiriéndome a la litigiosidad del Estado, señalaba, como principal causa, que no utiliza con criterio el asesoramiento preventivo. Así, decía:

“...Pero creo que no falla tanto el asesoramiento sino que no se lo utiliza con criterio. Aquí se advierten diferencias notables con lo que ocurre en la práctica privada. Mientras que los clientes privados pagan a sus abogados para que asuman responsabilidades y les planteen la realidad, parecería que el Estado les paga a los suyos por lo contrario: para que no asuman responsabilidad y no digan lo que corresponde sino que apoyen con su dictamen la decisión del funcionario de turno, desvirtuando así el sentido que tiene el asesoramiento. La Administración no valora el dictamen legal. Se llega muchas veces a un punto en que no se quiere que el abogado dictamine en favor del particular si tiene razón, sino que lo haga siempre a favor del Estado, aunque tal actitud se traduzca más tarde en una sentencia desfavorable. Claro está que muchas veces lo que se busca es dilatar el problema pues el Estado no está en condiciones de cumplir, y en este caso se recurre al arbitrio de endosarle el problema a la siguiente Administración...” (16).

III.3.b. Importante: el factor confidencialidad en el asesoramiento del Estado

Vinculado a la cuestión, entiendo que es crucial replantearse el tema de la confidencialidad en la relación abogado-cliente, en tanto inhibe de opinar con libertad, si tales opiniones se vuelcan a un expediente que es público y que puede ser incorporado al juicio. Éste es un tema muy discutido y profundizado en los Estados Unidos, con toda razón (17).

III.4. La correcta defensa de los intereses del Estado

Y como muy importante, relacionado con las prerrogativas y la situación jurídica de nuestro Estado, sugiero replantear los criterios que guían cómo se defiende al Estado, los límites que tiene la defensa de los intereses públicos y el respeto a la investidura del cliente. Por ejemplo, como ya dije, hace muchos años la Procuración del Tesoro tenía por norma no interponer la prescripción, en la inteligencia de que, existiendo obligaciones, el Estado Nacional debía reconocerlas, aunque fueran naturales. Seguramente hoy se sancionaría al abogado que no invocara la prescripción. En otras palabras, la correcta defensa del Estado

que debe velar por el bien común no implica ganar a cualquier costo.

IV. Propuestas, conclusiones y sugerencias. El status del Estado Nacional. Pros & cons. Por qué revisarlo. Nuevos criterios

Por lo dicho hasta aquí, el *status* legal de nuestro Estado Nacional —en teoría, privilegiado y sobreprotegido y, en la práctica, endeble y vulnerable— tiene visibles consecuencias negativas para el Estado. Ello justificaría una revisión a fondo de su concepción y de sus consecuencias, y de los criterios como se lo aplica. Aquí se sugiere hacer un estudio, un balance de tales políticas, las del pasado y las actuales, para concluir si lo favorecen o lo perjudican. Sería útil contar con un repertorio de decisiones para unificar criterios y sustentar los cambios que correspondieran.

IV.1. Cambio de paradigma

Es útil plantearse, aunque sea hipotéticamente, un cambio de paradigma ante la cruda realidad del Estado argentino, que podría sugerir un fracaso del sistema de privilegios y prerrogativas y de múltiples controles y trabas burocráticas que no han servido para protegerlo. No siempre las condiciones favorables resultan beneficiosas a la larga.

Como *ejemplo* puede mencionarse el régimen nacional de expropiaciones. Hasta los años '70 del siglo pasado, en las expropiaciones de inmuebles, al Estado le bastaba con depositar el 20% de la *valuación fiscal* para desalojar al propietario y tomar posesión del bien. Además de la comprensible conmoción de los expropiados, que debían entregar su vivienda recibiendo sólo una ínfima suma, se les obligaba a litigar por la diferencia entre lo depositado y el valor real, con los perjuicios que ello suponía, que no se reparaban ni aun cuando, al cabo de los años, triunfaran en el reclamo. El disgusto y las complicaciones de años no se olvidaban, y el Estado, por su parte, perdía todos los juicios con honorarios y costos enormes. En el actual sistema de expropiaciones, por el contrario, el Estado deposita el importe de una tasación *real* del inmueble (más un porcentaje por gastos de mudanza), lo que permite al particular adquirir rápidamente otra propiedad, y éste sólo litiga, si corresponde, por la *diferencia de precios*, si la hubiera, en una discusión en la que el Estado tiene muchas posibilidades de salir airoso. De esta forma, se obtuvieron altos índices de avenimientos, más de un 90%, con ganancias para ambas partes.

En síntesis, se sugiere:

1. *Comenzar un proceso de revisión del status actual* teniendo como objetivos mejorar la seguridad jurídica y la consideración externa y, especialmente, interna, de nuestro Estado.

2. *Este proceso debe estudiar alternativas, verificar experiencias comparadas y proponer*

un modelo distinto. La idea es determinar si el Estado Nacional, sin mayor gasto y con mayor precisión en el enfoque, puede mejorar mucho su situación legal, la seguridad jurídica, la litigiosidad y la corrupción, y la defensa de sus intereses con significativos ahorros para el erario. Una vez que se aúnen criterios respecto del *status*, los criterios y sus derivaciones deben ser comunes a todas las actuaciones del Estado.

3. *Verificar cómo se llega y sostiene la situación actual, cómo se la explica*. Es, en mi concepto, también consecuencia de conceptos y paradigmas discutibles, de corto alcance, que no aprecian, como en el pasado, el valor del buen crédito del Estado, no sólo por razones éticas, sino también prácticas, porque su prestigio facilita su actuación. Están en juego, en fin, principios republicanos que no conciben un Estado con prerrogativas y privilegios.

4. *Igualmente, un estudio especial sobre el costo que tienen para el Estado las dilaciones en el cumplimiento de sus obligaciones*. Ese costo debe sumarse al de quienes litigan contra el Estado (que supuestamente vela por el bien común, en situaciones gravísimas, como los casos de las jubilaciones). Finalmente, también deben establecerse criterios para poder estudiar la relación de costo-beneficio, que disuadirían al Estado de acciones judiciales, como ha señalado el ex procurador Dr. Balbín.

5. *Criterios y dirección uniformes*. La situación actual del “Estado bobo” es también resultado de considerarlo desde diversos enfoques y conceptos, en distintas áreas y por diferentes funcionarios. Un análisis completo abarcaría todos los temas vinculados, entre otros, la burocracia y los controles administrativos, las compras y contrataciones del Estado Nacional y hasta la razón de ser de los tribunales administrativos. Y debería ser bien coordinado, para evitar analizar con distintos criterios.

6. *El nuevo régimen de compras del Estado (18)*. Un aspecto neurálgico que se impone es continuar revisando cómo contrata el Estado.

7. *Estudios sobre las experiencias en la defensa del Estado Nacional* durante las últimas décadas para obtener conclusiones y un panorama de los juicios del Estado y de las *causas* que los originaron.

8. *También debe revisarse el asesoramiento legal y la defensa judicial del Estado*. El Estado debe coordinar más eficazmente sus oficinas jurídicas y la forma como se hace justicia en los tribunales y oficinas administrativas, con base en criterios comunes sobre el *status* ajustado y revisando cómo se lo defiende. Este estudio debe contemplar también la defensa del Estado ante tribunales extranjeros (para evitar situaciones de crisis, como las ocurridas recientemente).

{ NOTAS }

(10) Colombia registra 451.400 demandas patrimoniales contra el Estado, con un monto pretendido equivalente a 4,5 veces el PBI de ese país, <http://www.conociamientojuridico.gov.co/red-expertos/litigiosidad-la-nacion/>. “Algunas de las causas que ha identificado la ANDJE están relacionadas con: i) falta de aplicación de normas pertinentes, válidas y vigentes en el ordenamiento jurídico y ii) ausencia de criterios claros y vinculantes en el litigio contra el Estado en temas como: la reparación de los daños antijurídicos; la reparación a las víctimas del conflicto armado; la regulación de la acción popular y de grupo y la promoción de un litigio no temerario ni desproporcionado. Al respecto, la ANDJE señala lo siguiente: ‘La ausencia de criterios claros y vinculantes en el litigio contra el Estado se manifiesta en la carencia de una reglamentación clara para la reparación de los daños antijurídicos imputables al Estado; en la falta de claridad respecto del alcance de las normas que regulan la reparación a las víctimas del conflicto armado en

el posconflicto; deficiencias en la regulación de la acción popular y de grupo y en las normas que promueven un litigio no temerario ni desproporcionado”.

(11) “Estudian opciones para reducir los litigios”, *La Nación* del 09/12/2017, <https://www.lanacion.com.ar/2089894-estudian-opciones-para-reducir-los-litigio>.

(12) “Defensa en juicio del Estado Nacional y sus entes descentralizados”, dec. 470/2002, <https://www.ptn.gob.ar/page/normativas-ptn-1>.

(13) CARRILLO FLÓREZ, Fernando - VARELA S., David F., “Hacia un sistema integrado de defensa jurídica estatal: situación y perspectivas de una política pública en Colombia”, *Revista del CLAD Reforma y Democracia*, nro. 56, 01/06/2013, Centro Latinoamericano de Administración para el Desarrollo, Caracas, Venezuela, ps. 123-176, <http://old.clad.org/portal/publicaciones-del-clad/revista-clad-reforma-democracia/articulos/056-Junio-2013/Carrillo%20et%20al.pdf>.

(14) GRAFE, Fernando, “¿Es efectiva la defensa jurí-

dica del Estado? Perspectivas...”, cit.

(15) V. LEMES, Selva, “A evolução da utilização da arbitragem nos contratos firmados pela Administração Pública”, y, especialmente, FERREIRA LEMES, Selma (ed.), “Arbitragem na Administração Pública. Fundamentos jurídicos e eficiência econômica”, Quartier Latin, San Pablo, 2007, p. 319, cap. 9: “O contrato administrativo, direito e economia e a arbitragem”.

(16) V. LYNCH, Horacio M., “La abogacía privada y el Estado”, cit.

(17) V. WHITLEY, Joel D., “Protecting State interests: Recognition of the State government attorney-client privilege”: “...Conclusion: ‘Reason and experience’ should lead the Federal Courts to recognize a State government attorney-client privilege. The State government attorney-client privilege is, at heart, an organizational privilege, and, despite the Circuit Courts’ objections, it should be accorded a broad common law status similar to the corporate privilege. The policy reasons for

recognizing the attorney-client privilege retain their force in the State government context —the State government needs the privilege to help its agents comply with the law. In addition, the federal common law should respect the distinct-entity status of the States. Structural federalism counsels the judiciary to recognize the State government attorney-client privilege: the privilege fits well with recent Supreme Court precedent and recognizes the States as residual sovereigns. In the end, recognition of the privilege would reduce uncertainty for State officeholders and agents, preserve the distinct-entity status of the States, better enable States to comply with federal and state law, and protect the interests of those most invested in the State —the citizens of the State...” (<https://chicagounbound.uchicago.edu/cgi/viewcontent.cgi?referer=https://www.google.com.ar/&httpsredir=1&article=5350&context=uclev>).

(18) http://www.lynch-abogados.com.ar/Publicaciones/Justicia/Funcional/HML_InfEconom285_Jun03.pdf.

9. *Tablero de comando* (19). Los máximos responsables del asesoramiento legal y la defensa judicial deben contar con un *tablero de comando* con la información completa sobre reclamos y demandas judiciales (20). El responsable debe contar con un sistema que facilite el control (21).

10. *El estudio debería arrojar conclusiones y recomendaciones sobre el status legal del Estado*, sobre la conveniencia de una coordinación en todos estos temas (*status* legal, litigiosidad, corrupción), sobre quién podría coordinar mejor la evolución del problema, revisar fallas y realizar estudios costo-beneficio en los controles burocráticos del Estado, revisar la actuación de la justicia contencioso-administrativa, so-

meter a revisión y, eventualmente, redefinir la actuación de los abogados del Estado Nacional, haciendo un balance de lo sucedido desde que se atomizó la defensa judicial del Estado en los departamentos jurídicos de las dependencias oficiales.

V. Final

En este ensayo se sugiere reestudiar y ajustar el *status* legal del Estado, para fortalecerlo y no para debilitarlo, agregando recaudos y requisitos que no disuaden a los deshonestos y que alejan a los honestos, para no dejarlo a merced de bandas corruptas ni de funcionarios indolentes. Como muy importante, debe establecerse una responsabilidad funcional

para quienes toman decisiones gravosas para el Estado, distinguiendo entre lo que pueden ser decisiones equivocadas y aquellas adoptadas sin fundamento técnico o con prejuicios ideológicos o hasta decisiones delictuales: una cosa es una decisión equivocada y otra son las adoptadas con propósitos delictuales o desaprensión o abuso, y aun gobernar *pour la galerie*, sin medir o sin que importen las consecuencias (22). Quienes, frente a las evidencias, quieren mantener un Estado sobreprotegido, con privilegios, o tienen conceptos muy equivocados o se benefician de esta situación.

Y desde una concepción auténticamente republicana no tiene mayor justificación defender estas prerrogativas y privilegios, por

lo que aun desde este punto de vista debe replantearse este *status* legal del Estado.

Cita on line: AR/DOC/1793/2019

MÁS INFORMACIÓN

Valente, Joaquín, “Reestructuración de deuda soberana: entre las cláusulas de acción colectiva y las cláusulas *pari passu*”, Sup. Adm. 2019 (julio), 7; LA LEY, 2019-D; AR/DOC/1891/2019.

Casas, Manuel Gonzalo - Guzmán, Martín, “Las secuelas del “juicio del siglo”. “Draw Capital Partners vs. Argentina”, LA LEY, 2018-C, 904; AR/DOC/1006/2018.

{ NOTAS }

(19) En la orientación del Observatorio de Litigiosidad Estatal, creado durante la gestión del Dr. Carlos Balbín, ex procurador el Tesoro, <https://www.ptn.gob.ar/noticias/view/id:41>.

(20) En reiteradas ocasiones se ha dispuesto una

auditoría de los juicios del Estado Nacional, que, o no se cumple, o no se actualiza. En ocasiones, se ha ordenado paralizar las acciones judiciales durante muchos meses.

(21) V., en la idea de los principios expuestos: “Un

termómetro para la salud legal de la empresa”, en *Información Empresaria*.

(22) Generar decisiones gravosas para el erario para beneficio de correligionarios, v.gr., duplicar los empleados públicos o las pensiones graciables, organi-

zar esquemas como el del *dólar futuro*, o la declaración del *default* en 2001, o la modificación de los índices del INDEC para pagar menores intereses.

Nora Lloveras

VIENE DE TAPA

teños maratónicos. Miles de anécdotas sobre los calurosos debates pasada la medianoche guardaremos cual tesoros escondidos en el arcón de los recuerdos. Quienes tuvimos la dicha de compartir con Nora la cocina de esta gran obra colectiva, acumulamos momentos signados por una mezcla ineludible de preocupaciones, risas, poco descanso, inmensa cantidad de emociones.

Y, por encima de todo, celebrando la vida, como muestra el video que está circulando

en las redes, del cierre del Congreso Internacional de Derecho de las Familias, Infancia y Adolescencia realizado en Mendoza, en agosto del 2018, en el Auditorio Ángel Bustelo, cuyo escenario nos encontró bailando con Nora la conocida canción de Kool & The Gang, “Celebration”.

A ella le gustaba decir que, “cualitativamente, el Código Civil y Comercial es un salto histórico hacia un derecho más justo y equitativo, que tiene su centro en la persona humana”. Esa preocupación constante por un derecho diferente, cercano a la gente, presidió todas las obras que llevó adelante. La misma vibra mostró en la codirección del *Tratado de Derecho de Familia* y, desde hace más tiempo, gracias a la generosidad de otra grande, Cecilia Grosman, en sostener con

calidad, mes a mes, “nuestra” *Revista Interdisciplinaria de Doctrina y Jurisprudencia de Derecho de Familia* editada por Abeledo Perrot; celebraremos los 30 años el próximo 21 de agosto, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires, con una jornada en homenaje a nuestra querida Nora. Ella merece este reconocimiento; fue un ser absolutamente generoso; quienes la conocimos sabemos que ese adjetivo es mezuquino y que deberíamos inventar otro que pueda sintetizar todo lo que ha sido y todo lo que dio.

Sin lugar a duda, y como expresan hoy los jóvenes, “Nora es *todo lo que está bien*”.

Ya lo dijo el recordado Galeano en *El libro de los abrazos*: “Cada persona brilla con luz propia entre todas las demás. No hay dos fue-

gos iguales. Hay fuegos grandes y fuegos chicos y fuegos de todos los colores. Hay gente de fuego sereno, que ni se entera del viento, y gente de fuego loco, que llena el aire de chispas. Algunos fuegos, fuegos bobos, no alumbran ni queman; pero otros arden la vida con tantas ganas que no se puede mirarlos sin parpadear y quien se acerca, se enciende”.

Tu fuego sigue encendido porque son fuegos que alumbran por siempre.

Aída Kemelmajer de Carlucci y Marisa Herrera

Cita on line: AR/DOC/2397/201

NOTA A FALLO

Presentaciones digitales

Recurso de queja. Depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial. Intimación. Ingreso en el sistema informático Lex 100 de la presentación electrónica que informa un pago. Incumplimiento de la obligación de presentar el original en soporte papel. Acordada 3/2015. Prueba de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso. Desestimación. Disidencia. Escrito de mero trámite.

Véase en página 5, Nota a Fallo

Hechos: La Corte Suprema de Justicia, por mayoría, consideró que no era suficiente para acreditar el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial la presentación electrónica que informa un pago.

1.- El recurso de queja debe ser desestimado si no se dio cumplimiento con el depósito previsto en el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial, pues, si bien existe constancia en el sistema informático Lex 100 de la presentación electrónica que informa un pago, por no tratarse de un escrito de mero trámite, dado que tuvo por objeto acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso, el recurrente debió cumplir con la obligación de presentar el original en soporte papel, tal como lo exige la acordada 3/2015.

2.- El escrito por el cual se acredita el pago de un depósito —en el caso, previsto en

el art. 286 del Código Procesal Civil y Comercial— puede ser calificado como “de mero trámite”, pues no se sustancia con la contraparte, tiende al desarrollo del proceso y, por ende, no provoca el dictado de una resolución interlocutoria (arg. arts. 160 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Com.) (del voto en disidencia del Dr. Rosenkrantz).

121.999 — CS, 28/05/2019. - Valtellina Sud América S.A. s/ infracción art. 2.2.14.

[Cita on line: AR/JUR/13113/2019]

CS - ANÁLISIS PREMIUM

Vía procesal

Jurisdicción y competencia: Por apelación extraordinaria

Tipo de recurso: Queja

Fallos relacionados

Mantiene la jurisprudencia de: Martínez, Jorge Ernesto s/ homicidio en grado de tentativa y abuso de armas en concurso real - 2019-03-12

Mantiene la jurisprudencia de: Prieto, Alejandro Daniel s/ homicidio culposo en accidente de tránsito agravado por la pluralidad de víctimas - 2018-10-17

Nota

En estos fallos el Máximo Tribunal estableció que los escritos que acreditan los requisitos de admisibilidad de la queja no son de mero trámite y, por lo tanto, deben ser presentados en soporte papel.

Buenos Aires, mayo 28 de 2019.

Considerando: 1. Que contra la resolución de este Tribunal que desestimó la queja por no haberse dado cumplimiento con el depósito previsto en el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación, pese a la intimación cursada a fs. 74, la recurrente interpuso recurso de aclaratoria que, por su tenor, corresponde que sea tratado como un pedido de revocatoria.

2. Que en su presentación la actora sostiene que dio acabado cumplimiento a la intimación cursada con el ingreso vía web, el 22 de diciembre de 2017, tanto del escrito electrónico que ponía en conocimiento del Tribunal el pago, como de la boleta correspondiente de depósito.

3. Que, si bien existe constancia en el sistema informático Lex 100 de la presentación electrónica informada, por no tratarse de un escrito de mero trámite, dado que tuvo por objeto acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de queja, como lo es el pago del depósito (Fallos: 328:4755; 330:3657, 4733, entre otros), el recurrente debió cumplir con la obligación de presentar el original en soporte papel, tal como lo exige la acordada 3/2015.

4. Que, en consecuencia, corresponde concluir que la parte no ha dado cumplimiento en término con la intimación a depositar ni ha invocado causal válida de exención que permita apartarse de tal doctrina.

Por ello, se desestima el planteo interpuesto a fs. 81/81 vta. Notifíquese y estese a

lo resuelto a fs. 75. — *Carlos F. Rosenkrantz* (en disidencia). — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Juan C. Maqueda*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Disidencia del doctor *Rosenkrantz*.

Considerando: 1. El 10 de abril de 2018 esta Corte Suprema desestimó el recurso de queja planteado por la actora por no haber dado cumplimiento en término a la intimación para que acreditara el pago del depósito previsto en el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación.

Ello dio lugar a un pedido de aclaratoria, que debe ser tratado como un recurso de revocatoria pues la actora pretende que se deje sin efecto la decisión del Tribunal. El planteo se funda en que había acreditado el pago del depósito dentro del plazo acordado en la providencia de Secretaría, con una presentación ingresada por vía web.

2. Si bien es cierto que, como regla, las resoluciones de la Corte no son susceptibles de revocatoria, en el caso concurren circunstancias excepcionales que permiten dejar de lado ese principio.

3. En la providencia de fs. 74, notificada por vía electrónica a la recurrente el 18 de diciembre de 2017, el Secretario del Tribunal intimó a la actora para que acreditara el pago del depósito de la queja en el plazo de cinco días. El 22 de diciembre la parte presentó un escrito por vía web en el cual acompañó copia digital de la constancia de pago.

4. La acordada 3/2015, dictada en el marco de la ley 26.685, establece que en el caso de las presentaciones “de mero trámite” su ingreso por vía web eximirá de presentar el original en papel. La norma no aclara cuáles serían dichas presentaciones.

El Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación tampoco regula concretamente las presentaciones “de mero trámite”. Sí contempla en diversas normas a las providencias “de mero trámite” o “simples” (arts. 32, 38, 117, 160, 273, etc.). Según el art. 160 de ese ordenamiento, las providencias simples son aquellas que solo tienden, sin sustanciación, al desarrollo del proceso u ordenan actos de mera ejecución. En cambio, las sentencias interlocutorias resuelven cuestiones que requieren sustanciación (ver art. 161).

Esta calificación legal permite afirmar que las presentaciones “de mero trámite” a las que alude la acordada 3/2015 son aquellas que dan lugar a una providencia de ese tipo. Consecuentemente, el escrito por el cual se acredita el pago de un depósito puede ser calificado como “de mero trámite” pues no se sustancia con la contraparte, tiende al desarrollo del proceso y, por ende, no provoca el dictado de una resolución interlocutoria (arg. arts. 160 y 161 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación).

5. Por otro lado, negar eficacia a la presentación digital realizada por la recurrente, además de ser contrario al espíritu que anima a las numerosas acordadas del Tribunal que regulan el expediente electrónico, implicaría incurrir en un exceso de rigor formal.

En el caso no hay dudas en que la parte cumplió con la carga material prevista en el ordenamiento procesal de efectuar el depósito dentro del plazo fijado. La señora Directora de la Mesa General de Entradas del Tribunal confirmó que existe un depósito a plazo fijo correspondiente a esta causa y a la orden de la Corte, con el monto abonado por la recurrente más los intereses devengados desde ese entonces.

6. Las razones expuestas en los considerandos anteriores descartan la analogía entre el caso planteado en autos y lo resuelto por la Corte en la causa CSJ 475/2017/RH1, “Scarimbolo, Martín c. Pereyra, Guillermo E. s/ revisión de cosa juzgada”, sentencia del 31 de octubre de 2017. De dicho prece-

dente no surge que la interesada hubiera dado cumplimiento con el pago del depósito de la queja en el plazo estipulado a tal fin. Por el contrario, la presentación digital que intentó hacer valer en dicho expediente planteaba un recurso en contra de la intimación a pagar el depósito, lo cual excede a una presentación de mero trámite.

7. Ello establecido, el recurso extraordinario cuya denegatoria da lugar a la presente queja carece de la debida fundamentación autónoma. En virtud de lo expuesto, corresponde dejar sin efecto la resolución de fs. 75 y desestimar el recurso de queja. Declárase perdido el depósito efectuado. Notifíquese y archívese. — *Carlos F. Rosenkrantz*.

¿Cuáles son los “escritos de mero trámite” y por qué son importantes?

Pablo A. Grillo Ciochini ()*

SUMARIO: I. El problema.— II. El caso.— III. La definición de “escritos de mero trámite”.— IV. Crítica y evaluación.

I. El problema

Hace un tiempo escribíamos sobre la posible caracterización de los escritos de mero trámite y su eventual importancia.

Venía a cuento porque la ley 5177, que reglamenta el ejercicio de la abogacía en la Provincia de Buenos Aires, establece que es función de los abogados presentar los escritos “con su sola firma” [art. 57, inc. e) incorporado por ley 13.419].

La misma cuestión es relevante también a tenor del art. 6º del acuerdo 3/2015 de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, pues permite presentar en forma electrónica (sin presentación en papel) aquellos escritos que sean “de mero trámite”.

Pero, en definitiva, ¿cuáles son esos “escritos de mero trámite”?

II. El caso

La Corte Suprema de Justicia desestimó la queja presentada por la actora por el supuesto incumplimiento del depósito previsto por el art. 286 del Cód. Proc. Civ. y Com.

Frente a ello, la actora planteó revocatoria y argumentó que el depósito sí había sido efectuado en término y había sido acreditado mediante un escrito electrónico, vía web.

La mayoría del tribunal (voto de los Dres. Highton de Nolasco, Lorenzetti y Maqueda) admitió que existía en el sistema informático la constancia del escrito y la boleta de depósito, pero consideró que debía mantenerse el rechazo de la queja.

Sostuvo la Corte Suprema que el depósito debía tenerse por no acreditado con el escrito electrónico “por no tratarse de un escrito

de mero trámite, dado que tuvo por objeto acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de queja, como lo es el pago del depósito (...), el recurrente debió cumplir con la obligación de presentar el original en soporte papel, tal como exige la acordada 3/2015”.

El solitario voto del Dr. Rosenkrantz da un enfoque que nos parece preferible.

Por un lado, resalta la ausencia de una definición legal o reglamentaria de “escrito de mero trámite” y la inconveniencia de que esa indefinición resulte en un criterio restrictivo, que sería contrario a la promoción y el aliento del expediente digital.

Por otra parte, con acierto, destaca que la posición de la mayoría implicaría incurrir en un excesivo rigor formal.

Máxime cuando obraba en los autos un informe de la Dirección de Mesa General de Entradas que daba cuenta de la existencia de un depósito correspondiente al expediente en cuestión, efectuado en término y por el monto correcto.

Es decir que, aun encontrándose agregada al expediente la constancia expresa de que el depósito existía, de que había sido efectuado en término y por el monto correcto, la Corte Suprema rechazó la queja, justamente, por una supuesta falta de ese depósito.

Ello nos parece, indisputablemente, una “renuncia consciente a la verdad incompatible con el servicio de la justicia” que la propia Corte Suprema veda desde hace 62 años, a partir del célebre precedente “Colalillo” (1).

Pero, además, nos interesan también las consideraciones del voto minoritario en punto a los “escritos de mero trámite”.

III. La definición de “escritos de mero trámite”

Como decíamos, la definición de los escritos de mero trámite resulta relevante, en el ámbito de la justicia nacional y federal, porque solo estos pueden presentarse en formato únicamente digital.

Así, la definición de un amplio universo de escritos de mero trámite permite que gran cantidad de esos escritos puedan presentarse en forma electrónica.

Cuanto más escritos se consideren de mero trámite, menos papel. Cuanto más restringido sea el elenco de los escritos de mero trámite, más papel.

En su momento sostuvimos que la expresión “mero trámite” nos remite a la clasificación de las resoluciones judiciales (arts. 160 a 163, Cód. Proc. Civ. y Com.). En ese razonamiento, un “escrito de mero trámite” sería aquel que diera lugar a “providencias de mero trámite” y no a una resolución interlocutoria ni a una sentencia definitiva (2).

En cambio, no serían de mero trámite los escritos en los que se reclamen, controvieran o resignen derechos de las partes.

Al contrario, sí serían escritos de “mero trámite” aquellos que —como las providencias de “mero trámite”— tienden solo al desinvolvemento del proceso, pero no se incluyen en la enumeración anterior.

Esta es la misma posición que ha adoptado el voto de la minoría.

Se ha señalado que la propia clasificación de las resoluciones judiciales “permite afirmar que las presentaciones ‘de mero trámite’ a las que alude la acordada 3/2015 son aquellas que dan lugar a una providencia de ese tipo. Consecuentemente, el escrito por el cual se acredita el pago de un depósito puede ser calificado como “de mero trámite” pues no se sustancia con la contraparte, tiende al desarrollo del proceso y, por ende, no provoca el dictado de una resolución interlocutoria”.

Esta posición también coincide, en lo sustancial, con la sostenida por la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires al dictar el acuerdo 3842, que define cuáles son los escritos de mero trámite (en rigor, indica cuáles no son de mero trámite).

A su turno, el Proyecto del Cód. Proc. Civ. y Com. para la Nación establece, en su art. 23, cuáles son los escritos que no pueden ser presentados por los abogados patrocinantes, por lo que cabe entender que todos los demás serían también “de mero trámite” (3).

IV. Crítica y evaluación

El criterio de la mayoría del tribunal nos parece disvalioso.

En lo que toca al caso concreto, renuncia en forma consciente a la verdad al hacer caso omiso de la constancia glosada al expediente de la cual surgía, en forma inequívoca, que el depósito había sido efectuado en término.

Ello, aun cuando no se hubiese presentado el escrito respectivo, solo debió haber bastado para que se tuviera por cumplida la carga pecuniaria, pues ese cumplimiento resultaba patente de las propias actuaciones.

Por otro lado, y en punto a la doctrina que surge del fallo, tampoco nos parece satisfactoria.

El voto minoritario establece un criterio claro y previsible respecto de cuáles son los escritos “de mero trámite”.

La mayoría, en cambio, se limita a señalar que no es de “mero trámite” un escrito que tenga por objeto acreditar el cumplimiento de uno de los requisitos de admisibilidad del recurso de queja. Pero no aporta ningún criterio sistemático para establecer qué otros escritos podrían incluirse en esa categoría.

Cita online: AR/DOC/2144/2019

{ NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) Abogado. Integrante de la Comisión para la reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Provincia de Buenos Aires y de la Comisión para la Reforma del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Especialista en Derecho Procesal Profundizado. Docente en la Universidad Nacional de La Plata y Universidad Na-

taria Argentina. Director del Instituto de Derecho Procesal del Colegio de Abogados de La Plata. Miembro del Instituto de Derecho Procesal de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales. Miembro de la International Association of Defense Counsel. Conferencista en temas de derecho procesal y litigación.

(1) Fallos 238:550.

(2) GRILLO CIOCCHINI, Pablo A., “Los escritos de mero trámite presentados por el abogado”, *Microjuris*. com MJ-MJN-83514-AR.

(3) Proyecto de Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación. Art. 23.— Abogado patrocinante. La designación expresa de un abogado para patrocinar a una parte o un tercero implica conferirle las facultades para realizar todos

los actos del proceso con excepción de: a) Promover y contestar la demanda; b) Allanarse a pretensiones que constituyan objeto de demanda o reconvencción; c) Transigir o conciliar; d) Desistir del derecho sustancial o del proceso; e) Cobrar, percibir y dar recibos. La posibilidad de realizar los actos antes enunciados deberá autorizarse expresamente.

JURISPRUDENCIA

Violación del deber moral de fidelidad

Sistema de divorcio incausado. Daño moral. Improcedencia. Disidencia.

Hechos: La Cámara de Apelaciones se adaptó al régimen dispuesto por el Código Civil y Comercial, y, pese a que ambos cónyuges insistían en que el divorcio se debía decretar por culpa de la otra parte, declaró disuelto el vínculo sin expresión de causa. Aun así, le reconoció el derecho de uno de ellos de ser indemnizado por la violación del deber moral de fidelidad. Recurrida tal decisión, el Superior Tribunal de Justicia de La Pampa, por mayoría, la revocó.

1.- La indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad es improcedente, ya que en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético en el jurídico y su incumplimiento no trae aparejada ninguna sanción jurídica.

2.- La sentencia que ordenó a una excónyuge reparar el daño moral por infidelidad debe confirmarse, ya que los codificadores han eliminado la culpabilidad en el divorcio, pero no lo han hecho de manera explícita respecto de las conculcaciones de los deberes conyugales establecidos por el art. 431 del Cód. Civ. y Com. (del voto en disidencia del Dr. Fernández Mendía).

122.000 — ST La Pampa, sala A, 20/05/2019. - T. c. C. s/ Divorcio vincular.

[Cita on line: AR/JUR/17534/2019]

Santa Rosa, mayo 20 de 2019.

Resulta: I. A fs. 650/664 vta., P. R. S. y A. A. S., abogados, en su carácter de apoderados de T., y A. A. y L. E. G., abogadas, por sus propios derechos, interponen recurso extraordinario provincial en los términos del artículo 261, incisos 1º y 2º del Cód. Proc. Civ. y Comercial contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial, resuelta a fs. 622/640.

Acreditaban el cumplimiento de los recaudos formales, y relatan los hechos de la causa diciendo que la actora demandó por divorcio con causa al demandante, quien a su vez reconvinó por otras causales y adicionó un reclamo por daño moral con fundamento en el divorcio.

Agregan que, en la sentencia de primera instancia, dictada antes de entrar en vigencia el Cód. Civ. y Com., entendió que no se habían demostrado suficientemente ninguna de las causales invocadas por la parte, pero decretó el divorcio por la causal prevista en el art. 214, inc. 2º del Cód. Civil entonces vigente, es decir, la separación de hecho sin voluntad de unirse durante más de tres años y sin atribuir culpabilidad a ninguno de los esposos.

Dicen que se rechazó el daño moral formulado por el Sr. C., porque no se habían demostrado los hechos injuriantes en que se basaba.

Aclaran que ambas partes apelaron insistiendo en que debía decretarse el divorcio por culpa de la otra parte, en los términos de los arts. 214, inc. 1º y 202 del Cód. Civil.

Indican que la sentencia de la Cámara, dictada cuando ya había comenzado a regir el Cód. Civ. y Com. entendió que había que adaptar el proceso a esta nueva normativa, y de ese modo, rechazó las apelaciones y decretó el divorcio sin expresión de causa, conclusión que quedó firme y que su parte no apelará.

Añaden que "...aún con el nuevo y único sistema de divorcio incausado que prevé el Cód. Civ. y Com. es posible reclamar daño moral derivado de los hechos injuriantes que llevan a la ruptura del matrimonio, considerando que en el *sub lite* se había acreditado la infidelidad por parte de la mujer..." (fs. 650 vta.).

En el párrafo que titulan "Errónea aplicación de los arts. 431 y 1717, Cód. Civ. y Com." expresan que, con respecto a la condena por daño moral, los miembros de la Cámara coincidieron en que se había demostrado la infidelidad cometida por la Sra. T. y la gravedad con que ello afectó moralmente al Sr. C.

Por el contrario, siguen diciendo, entendieron que los otros hechos invocados como justificativos a tal fin no se habían probado y señalan que antes de arribar a dicha conclusión, la Cámara tuvo que dilucidar si legalmente es o no admisible el daño moral por quebrantamiento del deber moral de fidelidad de que habla el nuevo Código.

Continúan analizando los distintos votos de los señores camaristas y párrafos más adelante expresan que interpretando la cuestión desde la perspectiva del Derecho de Daños se advierte en el razonamiento de la Cámara un notorio error entre dos presupuestos bien diferentes de la responsabilidad civil, como son el daño resarcible, por un lado, y la antijuridicidad, por el otro.

Sostienen que no basta con que exista un daño para que haya responsabilidad civil, sino que también debe derivar de un obrar antijurídico pues así lo reclama expresamente el art. 1717 del Cód. Civ. y Com..

Entienden que con la actual redacción del art. 431 del Cód. Civ. y Com., y aunque no se esté de acuerdo con ello, hay que sostener que, si bien no se trata de un objetivo legal, la infidelidad resulta una circunstancia tolerada por el ordenamiento jurídico, y ello porque es un deber moral solamente.

Indican que la ley no prohíbe ni sanciona la infidelidad ni obliga jurídicamente a ser fiel, por lo tanto, se aplica el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución nacional.

Precisan que con la vigencia del anterior Código se hacía lugar a la reparación del daño moral —aunque era un criterio resistido por la mayor parte de la jurisprudencia y de la doctrina— y agregan que el adulterio era una de las causales para hacer lugar a la reparación del daño moral, precisamente por la violación del deber de fidelidad.

Ahora, siguen diciendo, en que ese deber pasa al plano moral, no puede traspasarse a fuerza de interpretaciones como una causa que da lugar a la reparación extrapatrimonial.

Por tanto, entienden que aplicándose correctamente los arts. 431 y 1717 del Cód. Civ. y Com. se debería revocar la condena a pagar daño moral a cargo de su representada por incumplimiento de su deber de fidelidad con la base jurídica de un presunto incumplimiento de ese deber ya que ello no reconoce daño antijurídico o legalmente atendido.

Por su parte, las Dras. A. y G. se agravan por la errónea aplicación del art. 19 de la Ley de Aranceles dado que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones se les regulan honorarios sobre el monto de la condena en concepto de daño moral, es decir, sobre \$40.000,00 más intereses, pero no sobre el monto rechazado que asciende a la suma de \$160.000,00, dado que en total reclamaban \$200.000,00 por ese concepto.

Cita jurisprudencia del Superior Tribunal para apoyar sus dichos y luego reiteran que como en el caso se reclamaron \$200.000 y la demanda prosperó por \$40.000, equivale a un progreso de un 20% y un rechazo de un 80%, por lo que resulta aplicable la doctrina de la causa "Marcos de Aguirre".

De esa forma entienden que la Cámara de Apelaciones no ha aplicado la norma en cuestión a la luz de la interpretación jurisprudencial que el Superior Tribunal viene sosteniendo hace años.

Por lo tanto, entienden que deben regularse honorarios tanto sobre el monto por el cual prosperó la demanda como sobre el cual fue rechazado.

En el párrafo que titulan "Violación del art. 65 Cód. Proc. Civ. y Com." manifiestan que este agravio lo expresa la señora T. a través de sus apoderados ya que ha sido ella la condenada en costas por la sentencia recurrida.

Citan nuevamente jurisprudencia de este Superior Tribunal y luego indican que nuestro legislador fijó cuál es el límite de lo razonable en la estimación de los montos pretendidos en la demanda: hasta el 50% no hay consecuencias, de modo que la pluspetición dentro de ese límite se puede considerar razonable. Por el contrario, por encima de ese 50% sí existen y merece imponer las costas.

Aclaran que no entienden por qué no se aplicó en este caso el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Com., cuando estaban dadas las circunstancias para ello y sin que la Cámara hubiera esgrimido razones de su inaplicación.

Con sustento en el inciso 2º del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Com. dicen que la sentencia de la Cámara presenta un grave error de lógica jurídica, cual es que, por una parte, manda aplicar el nuevo Cód. Civ. y Com., pero, por otro consagra una conclusión contraria a su vigencia.

Además, entienden que las afirmaciones realizadas en torno a la infidelidad de la esposa y a los daños que supuestamente ha sufrido el cónyuge C. no aparecen idóneamente acreditados y, por ende, incurre en absurdo valorativo "...toda vez que se hace decir a la prueba, lo que ésta no deja idóneamente acreditado, no resistiendo el análisis de la sana crítica..." (fs. 661), analizando a continuación el material probatorio según su punto de vista.

Efectúan la reserva del caso federal por cuanto la sentencia contraría lo dispuesto en el art. 19 de la Constitución nacional en base al denominado postulado de la libertad ya que se condena a la cónyuge presuntamente infiel a reparar un daño extrapatrimonial cuando de acuerdo a la normativa específica el deber de fidelidad es de índole moral.

Por último, peticionan se haga lugar al recurso extraordinario interpuesto, casando la sentencia dictada.

II. Admitido el recurso por la Cámara de Apelaciones, este Superior Tribunal lo declara *prima facie* admisible, a fs. 685/685

vta. en los términos del art. 261, incisos 1º y 2º del Cód. Proc. Civ. y Com..

III. Corrido el traslado a la parte recurrida, contesta a fs. 688/702 vta. y solicita que se rechace el recurso interpuesto.

IV. A fs. 704/706 dictamina el Sr. Procurador General y a fs. 707 se llama autos para sentencia.

Considerando:

1ª ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al inciso 2º del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Com.? 2ª ¿Resulta fundado el recurso interpuesto con arreglo al inciso 1º de la misma norma adjetiva? 3ª ¿qué solución corresponde adoptar?

1ª cuestión. — El doctor *Fernández Mendía* dijo:

Se adscribe a la sentencia de grado haber sido dictada en violación a las exigencias previstas en los arts. 35 inc. 5, 156 primer párrafo y 257 del Código de rito.

El agravio pone el acento en que la sentencia presenta un grave error de lógica jurídica encontrando contradicciones en lo referente a la responsabilidad conyugal por infidelidad según se trate del código velezano o del actual, que según el recurrente descartó el nuevo Cód. Civ. y Comercial.

Luego aduce absurdo valorativo y apartamiento de la sana crítica, en cuanto al presunto hecho generador de responsabilidad.

Se advierte de la lectura de este agravio que la argumentación del mismo está impregnado de un componente implícito de revisión ordinaria de lo resuelto por la Alzada, cayendo en afirmaciones dogmáticas que dan por sentados juicios conceptuales vacíos, relegando la función esencial de ese segmento del recurso en su inciso 2º del art. 261.

Finalmente se entremezcla de manera confusa con argumentos propios del inciso 1º, lo que torna improponible el agravio.

Con lo expuesto se da respuesta negativa a la primera cuestión.

2ª cuestión. — El doctor *Fernández Mendía* dijo:

En este segmento de la resolución en análisis, el agravio pretende involucrarse en el precepto ritual del art. 261, inc. 1º del Cód. Procesal pampeano, previsto para los supuestos en que las sentencias definitivas de la Cámara de Apelaciones hayan aplicado erróneamente o violado la ley.

Preliminarmente corresponde señalar que ambos supuestos están gramaticalmente separados por la conjunción disyuntiva "o", lo cual implica una relación excluyente entre los dos elementos o supuestos. En otros términos, esa conjunción trasunta una elección u opción entre dos posibilidades que denotan diferencia, alternancia o separación.

Esta conjunción que es la antípoda de la copulativa denota que la impugnación debe señalar con precisión cuál de los dos vicios afecta la sentencia en crisis, por lo que pretender enlazar ambos supuestos como elementos binarios de un solo supuesto, resulta un error de concepción procesal que conduce *ab initio* a su improcedencia.

Cabe recordar, con apoyo de autorizado doctrinario, en esta temática recursiva,

Juan C. Hitters, en su libro *Técnica de los recursos extraordinarios y de la casación* (Librería Editora Platense, Bs. As., 1998) los conceptos, sentido y violación de la ley.

La errónea aplicación aparece cuando ha habido una incorrecta calificación de los hechos, a los que se le aplica una regla que no corresponde, a causa de una defectuosa subsunción.

En cambio, la violación consiste en no aplicar a un hecho la regla que le corresponde. El vicio se produce en la base jurídica, es decir, en la premisa mayor y se puede cometer de dos maneras: en sentido positivo, vulnerando el alcance del proyecto, y en sentido negativo, por desconocimiento o inaplicación.

Desde esa perspectiva, en estos actuados, el recurso incurso en un conjunto de discrepancias conceptuales atendibles en el plano de la polémica sobre el precepto del art. 431 del nuevo Código Civil y Comercial, pero sin poder exhibir técnicamente la errónea aplicación del precepto en la sentencia anterior.

Esta Sala con distintas integraciones ha reiterado que para lograr la casación del pronunciamiento objetado no basta oponer u opugnar a la interpretación que el tribunal de mérito ha hecho de la ley —aunque ésta resulte opinable, discutible o poco convincente—, otra interpretación doctrinaria o jurisprudencial —por muy autorizada que sea— sino que es preciso demostrar, además, que la situación de derecho existente no tolera otra interpretación diferente a la expuesta por el recurrente.

El art. 431 del nuevo Cód. Civil que da motivo a interpretaciones disyuntivas, más allá de la intención del legislador —que no ha sido receptado como elemento de ponderación en sus artículos 1º y 2º, basilares en esta temática—, impone en dos oportunidades la aplicación de los tratados de derechos humanos en los que Argentina sea parte.

El Pacto de San José de Costa Rica en su artículo 17, bajo el título de Protección a la Familia, establece en su numeral 4- “Los Estados Partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidades de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...”.

Similar precepto establece el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, más precisamente en su art. 23, inc. h de redacción análoga al anterior pacto.

Como colofón de este análisis y en la sintonía que imponen los arts. 1º y 2º del Cód. Civ. y Com., en lo atinente a los tratados de los derechos humanos (art. 75, inc. 22 de la CN) resulta oportuno recordar la Declaración Universal de los Derechos Humanos que en su art. 16, en su parte pertinente establece “...la familia es el elemento natural y fundamental de la sociedad y tiene derecho a la protección de la sociedad y el Estado...”.

Asimismo, y para no fatigar la lectura, remitimos al Preámbulo de la Convención de los Derechos del Niño y de un modo particular convencidos de que la familia como grupo fundamental de la sociedad y medio natural para el crecimiento y el bienestar de todos sus miembros, y en particular de los niños, debe recibir la protección y asistencia necesaria para poder asumir plenamente sus responsabilidades dentro de la comunidad.

Reconociendo que el niño, para el pleno y armonioso desarrollo de su personalidad, debe crecer en el seno de la familia en un ambiente de felicidad, amor y comprensión.

El art. 5º dice: “Los Estados partes respetarán las responsabilidades, los derechos y los deberes de los padres o, en su caso, de los miembros de la familia ampliada...”.

Retomando el eje medular del desencuentro hermenéutico, y a modo de premisa básica de ponderación, hemos de señalar que la solución que propugno no puede hallarse en un segmento de un precepto aislado soslayando el resto de las disposiciones vigentes.

“Un caso siempre se resuelve por la totalidad del ordenamiento y nunca por una sola de sus partes, tal como todo el peso de una esfera gravita sobre la superficie que la soporta aunque sea uno solo el punto por el que toma contacto” (Carlos Cossio, *La teoría egológica del derecho y el concepto jurídico de libertad*, Segunda Edición, Abeledo Perrot, 1964, p. 454).

El art. 431 del Cód. Civ. y Com., primero del Capítulo 7 del Libro Segundo Título I, está inserto en el capítulo antes mencionado, denominado “Derechos y deberes de los cónyuges”.

Luego el precepto en examen comienza con un concepto Asistencia, para luego estatuir: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

La norma que pretende establecer un reducido elenco de derechos y deberes intramatrimoniales lo hace con conceptos pertenecientes a varias disciplinas de las ciencias sociales y morales, como lo son la asistencia, cooperación, convivencia, fidelidad, proyecto de vida en común y no por ello podemos decir que se trata de un diminuto decálogo ético y moral, o que incursiona en el establecimiento de obligaciones naturales carentes de exigibilidad jurídica.

La juridicidad de todos los deberes conyugales del art. 431 deben ser ponderados dentro de un contexto impuesto por la buena fe, la moral y las buenas costumbres y no es adecuado dar solo, para este precepto una interpretación débil, lábil, de lo que significa “se comprometen” cuando en el resto de la normativa del Cód. Civil y Com. es sinónimo de obligarse, con el alcance *jus* civilista que presupone. No hay ningún elemento objetivo que permita inferir que el matrimonio es una institución que no trae aparejada responsabilidad. O que los deberes de asistencia, cooperación, convivencia y fidelidad son a la vez morales, conceptos juridizados, por la innegable influencia histórica de la axiología.

Interpretar lo contrario significa vaciar toda la norma de juridicidad y convertir en una isla conceptual ajurídica, de inadecuada técnica legislativa, como lo dice un conocido principio de hermenéutica “no se presupone el olvido o la imprevisión del legislador”.

Como lo señala el art. 2º del Código en análisis en primer lugar la ley debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas.

En orden a las palabras o al sintagma conceptual deber moral, si comparamos el art. 431 y el 728 veremos la presencia de la juridicidad del concepto binario.

Pero además y ya en lo atinente a qué sentido tiene el verbo o la acción comprometer, sería conveniente examinar con atención las normas de los arts. 180, 181, 194, 375, 596, 1125, 1234, 1256, 1393, 1408, 1430, 1515, 1525, 1582, 1666, entre otros. En todas estas normas se advierte apodícticamente que comprometerse es obligarse. De admitir lo contrario subestimamos la ideología del Cód. Civ. y Com..

Habría que preguntarse entonces, por qué tal acción en el art. 431 no tendría el mismo sentido y alcance. El hecho de que los codificadores hayan eliminado la culpabilidad en el divorcio, no lo ha hecho de manera explícita en las conculcaciones de los deberes conyugales, más allá del aditamento de moral.

A esta altura del análisis no podemos soslayar lo que prescribe el art. 1067, que, a mi juicio resulta plenamente aplicable al *sub discussio*.

Prescribe: “Protección de la confianza. La interpretación debe proteger la confianza y la lealtad que las partes se deben recíprocamente, siendo inadmisibles la contradicción con una conducta jurídicamente relevante, previa y propia del mismo sujeto”.

No quiero fatigar con los valores de la buena fe, la moral y las buenas costumbres, porque hasta el exégeta más desprevenido conoce de la relevancia jurídica de estos principios juridizados como mandatos de optimización, en la economía de Robert Alexy.

Es en esa inteligencia y en este itinerario de ponderación que adquiere significación la norma del art. 402 del Cód. Civ. y Com.

Reza este precepto: “Interpretación y aplicación de las normas. Ninguna norma puede ser interpretada ni aplicada en el sentido de limitar, restringir, excluir o suprimir la igualdad de derechos y obligaciones de los integrantes del matrimonio y los efectos que éste produce, sean constituidos por dos personas de distinto o igual sexo”.

Expresa Jorge J. Llambías (Tratado de derecho civil, parte general, 5ª edición act., Editorial Perrot, p. 118), que “...el resultado de la interpretación es un elemento de la hermenéutica de enorme valor. No se trata, desde luego de definir siempre la inteligencia de la norma por el mejor resultado que espera obtener de ella el intérprete, pues en ocasiones esa finalidad no será compatible con la verdad de la norma. Tampoco en el derecho el fin justifica los medios, pero en cambio cuanto legítimamente sea dable extraer de la norma dos o más significaciones, entonces sí será ineludible optar por la interpretación que reporte el mejor resultado, o sea el más justo y conforme con las exigencias de la materia social sometida al imperio de la norma en discusión”.

Es indisimulable que el acto jurídico matrimonio, involucra derechos y obligaciones jurídicas, en un ordenamiento que, a fuer de ser reiterativo, tiene ese basamento constitucional y el legislador infraconstitucional estableció para los actos jurídicos una conjunción de principios o valores jurídicos que han sido receptados en el art. 279 del Cód. Civ. y Com..

“Objeto. El objeto de un acto jurídico no debe ser un hecho imposible o prohibido por la ley, contrario a la moral, a las buenas costumbres, al orden público o lesivo de los derechos ajenos, o de la dignidad humana. Tampoco puede ser un bien que por un motivo especial se haya prohibido que lo sea”.

En este itinerario hemos querido desbrozar jurídica y lógicamente las circunstancias de una ausencia de culpabilidad como génesis del distracto conyugal, y otra, muy diferente, el deber de reparar daños sufridos indebidamente en el tracto matrimonial, que ciertamente mantiene la exigencia de dignidad humana a la que se refiere el art. 279, en orden a la relevancia axiológica que tiene el principio de dignidad en la legislación convencional e infraconstitucional.

En un *balancing test* de carácter axiológico parece contrario a la razón que el art. 1004

referido al objeto de los contratos, estatuya que “no pueden ser objeto de los mismos los hechos que son imposibles o están prohibidos por las leyes, son contrarios a la moral, al orden público, a la dignidad de las personas humanas, o lesivos de los derechos ajenos, ni los bienes que por un motivo especial se prohíbe que lo sean...”.

Para finalizar me parece oportuno compartir un segmento del artículo: *Reparación del daño causado por el incumplimiento del deber de fidelidad. ¿Un Código para Funes, el memorioso y el rey del asteroide 325?* (Autores: Rodher, Kevin - Belloti San Martín, Lucas - Tomás, Lucas. Publicado en: DFyP 2018 (agosto), 03/08/2018, 3. Cita on line: AR/DOC/907/2018): “...No termina de quedarnos claro por qué un código que regula conductas humanas y les imputa consecuencias jurídicas habría de contener declamaciones éticas sin relevancia jurídica alguna; cuestión que fue tempranamente destacada por jurisprudencia local (T. c. C. s/ divorcio vincular, 2016). Creemos que la calificación como moral del deber de fidelidad se vincula a que, por su estructura, se proyecta sobre el querer, sentir o entender de los contrayentes y no a aspectos patrimoniales de su existencia y porque no es coercible su cumplimiento *in natura*, como siempre ocurre en esta clase de asuntos”.

“En este sentido se ha dicho, con acierto a nuestro criterio, que tanto el Código de Vélez como el que hoy nos rige incluyen cláusulas de moralidad cuya violación da lugar a reparaciones, y que son de la esencia misma del derecho civil moderno. Tal el caso de instituciones como el abuso del derecho (art. 10, Cód. Civ. y Com.), o del acto jurídico nulo cuando su objeto, causa fin o motivos determinantes son “contrarios a la moral o a las buenas costumbres (arts. 279, 281 y 1014, Cód. Civ. y Com.)”.

“De todos modos —y porque creemos que el elemento antijuridicidad del daño ha perdido protagonismo, pero no ha desaparecido de la teoría general de la reparación— es que habremos de afirmar que la antijuridicidad en casos como los que aquí nos ocupan está presente y viene dada por la afectación a un interés simple, en tanto que no reprobado por el Derecho”.

“En efecto, el art. 1737 del Cód. Civ. y Com. ha definido el daño como la lesión a, ‘un derecho o un interés no reprobado por el ordenamiento jurídico, que tenga por objeto la persona, el patrimonio, o un derecho de incidencia colectiva’ (énfasis agregado). De allí que, en nuestro ordenamiento, la lesión a un interés que no resulte repugnante a éste satisface el recaudo de antijuridicidad”.

“Estaremos frente a un interés simple al hallar una situación que le reporta a su titular cierto bienestar y que le genera una expectativa lícita de continuidad en el tiempo, jurídicamente relevante, aunque no tenga prevista una acción concreta para su tutela”.

“Existe consenso doctrinario en el sentido de que el art. 1737 del Cód. Civ. y Com., arriba transcrito incluye dentro del daño reparable a aquel que lesiona al interés simple. Por ello se ha dicho que “así como el interés legítimo lleva en sí mismo una nota específica de juridicidad, el interés simple la lleva en forma genérica, y podrá ser resarcible en la medida que no sea ilegítimo y revista cierta seriedad”.

“Ello se encuentra en línea, además con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación que ha afirmado que, salvo en casos expresamente excluidos por el legislador, el concepto de daño abarca todo interés no reprobado por la ley”, que participa de la hermenéutica que vengo des-

plegando, a modo de adenda en esta fundamentación.

En otro orden, entrando a analizar el agravio planteado por las Dras. A. y G., por derecho propio, resulta oportuno mencionar que su queja se centra en la errónea aplicación del art. 19 de la Ley de Aranceles dado que en la sentencia de la Cámara de Apelaciones se les regularon honorarios sobre el monto de la condena en concepto de daño moral, es decir, sobre \$40.000,00 más intereses pero no sobre el monto rechazado que asciende a la suma de \$160.000,00 (en total, reclamaban \$200.000,00 por ese concepto), lo cual equivale a un progreso de un 20% y un rechazo de un 80%.

Por lo tanto, entienden que resulta aplicable la doctrina de la causa “Marcos de Aguirre” del Superior Tribunal de Justicia y deben regularse sus honorarios tanto sobre el monto por el cual prosperó la demanda como sobre el que fue rechazado.

Además, en representación de la actora, los apoderados se agravan porque consideran que se ha violado el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, ya que ella sido condenada en costas pese a la insignificancia del monto a que se la condena.

Adelantando opinión, entiendo que les asiste razón a las profesionales al cuestionar el monto sobre el cual se les han regulado sus honorarios.

Sobre el particular entiendo —de conformidad con doctrina consolidada de este Tribunal— que la sentencia constituye un acto jurisdiccional que dirime la controversia presentada por las partes al juez, quien, en el caso, no sólo hizo lugar parcialmente a la pretensión del actor civil, sino que también la rechazó en gran medida.

La tarea de ponderación y resolución abarca la demanda y su contestación, es decir, todo lo comprendido dentro de la traba de la *litis* y no exclusivamente el monto por el que progresa la acción. (Cfr.: STJ, “Velázquez”, 15/08/1989).

Ese criterio fue ratificado por este Superior Tribunal, con otra integración, en la causa “Marcos de Aguirre”, sentencia del 20 de septiembre de 1995, criterio que debe mantenerse por ser de estricta justicia.

Ello así es pues lo que es materia de discusión en el proceso judicial no es solamente la parte de la demanda que prospera, sino la totalidad de las pretensiones contenidas en aquélla. (Confr.: STJ, Sala A, expte. N° 1255/12, “Bezzo de Gutiérrez”).

En el caso en examen, la demanda prosperó en una pequeña proporción, 20%, y los honorarios profesionales de los letrados de la demandada fueron regulados sobre la base de ese porcentaje, pese a que en el balance final la demandada reviste mayormente el carácter de vencedora al obtener el rechazo del 80% de la pretensión incoada en su contra.

Entender que las abogadas recurrentes, pese a lograr que la pretensión de indemnización fuera rechazada en gran medida, más del 80%, sean retribuidos en proporción a la cantidad de la condena, importa un grave desmerecimiento de la labor profesional desplegada y del éxito obtenido —la parte demandada ha sido mayormente vencedora en razón del porcentaje en que prosperó la demanda y aquél por el que fue rechazado— con menoscabo de las garantías de los artículos 14 y 17 de la Constitución Nacional.

Respecto a la imposición de costas, conforme lo dispuesto en el art. 65 del Cód. Proc. Civ. y Com., con el alcance e interpre-

tación que el Superior Tribunal le ha otorgado a esa norma en los autos “Moralejo” (STJ, Sala A, Expte. N° 1542/16, 29/11/2016) —cuya doctrina comparto—, las costas por el monto por el cual no progresa la acción deben ser impuestas a la parte demandada (art. 65, segundo párrafo, Cód. Proc. Civ. y Com.).

De esta manera doy respuesta a la segunda cuestión.

3ª cuestión. — El doctor *Fernández Menéndez* dijo:

En definitiva, por los motivos invocados, entiendo que se debe rechazar el recurso extraordinario provincial interpuesto por la demandada, T., a excepción de lo resuelto precedentemente respecto de la imposición de las costas por el monto rechazado.

Por el contrario, entiendo que corresponde hacer lugar al recurso interpuesto por las profesionales A. A. y L. G., por su propio derecho, regulando sus honorarios en el 21%, en forma conjunta, sobre el monto rechazado.

Así voto.

1ª cuestión. — El doctor *Sappa* dijo:

Manifiesto mi discrepancia con el voto del colega preopinante —sin perjuicio de la coincidencia que habré de señalar más abajo— en base a las consideraciones que paso a desarrollar.

1. Con sustento en el inciso 2º del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial, los reclamantes expresan que la sentencia de la Cámara presenta un grave error de lógica jurídica, cual es que, por una parte, manda aplicar el nuevo Cód. Civ. y Com., pero, por otro consagra una conclusión contraria a su vigencia.

Además, entienden que las afirmaciones realizadas en torno a la infidelidad de la esposa y a los daños que supuestamente ha sufrido el cónyuge C. no aparecen idóneamente acreditados y por ende, incurre en absurdo valorativo “...toda vez que se hace decir a la prueba, lo que ésta no deja idóneamente acreditado, no resistiendo el análisis de la sana crítica...” (fs. 661).

Analizando estas alegaciones prontamente se advierte que en realidad se vinculan con el motivo recursivo previsto en el inciso 1º del art. 261 del Cód. Proc. Civ. y Comercial por lo que se da respuesta negativa a la primera cuestión, con la salvedad de que serán valoradas al proceder al estudio del segundo planteo.

2ª cuestión. — El doctor *Sappa* dijo:

Los recurrentes entienden que el reconocimiento del daño moral pretendido por el demandado implica la errónea aplicación del art. 431 del Cód. Civ. y Com. porque con su actual redacción y aunque no se esté de acuerdo con ello, la infidelidad resulta solamente un deber moral y no genera el derecho a resarcimiento.

Indican que la ley no prohíbe ni sanciona la infidelidad ni obliga jurídicamente a ser fiel, por lo tanto, se aplica el principio de reserva previsto en el art. 19 de la Constitución nacional.

En principio, debo decir que coincido con los fundamentos vertidos por el colega preopinante respecto de los valores éticos y morales que asientan a la familia como bien jurídico tutelado por la legislación convencional, constitucional y legal.

Sin embargo, entiendo que debo ceñirme a analizar la presente causa bajo dos prismas:

el primero, la existencia o no de antijuricidad de la infidelidad como hecho generador de daño cuantificable económicamente a la luz del nuevo Cód. Civil y Com. (normativa aplicable al presente caso) y el segundo, la incorporación de la perspectiva de género en este análisis.

I. Violación del deber de fidelidad como generador de daño resarcible.

a) Es sabido que el Cód. Civ. y Com. de la Nación ha introducido importantes cambios en el régimen de divorcio, basándose en la constitucionalización del derecho privado que en el campo del derecho de familia se manifiesta principalmente sobre el principio de libertad y autonomía personal conforme el art. 19 de la Constitución Nacional.

En tal sentido, en los Fundamentos del Anteproyecto que dio lugar al Cód. Civ. y Com., hábiles para desentrañar los pilares sobre los que se asienta el nuevo régimen, se indica que un cambio muy importante “...es la supresión de las causales subjetivas de divorcio. La experiencia judicial ha demostrado el alto nivel de destrucción y desgaste emocional al que se someten los cónyuges y sus familias cuando se opta por el divorcio contencioso. El valor pedagógico de la ley es conocido: el Anteproyecto pretende contribuir a la pacificación de las relaciones sociales en la ruptura matrimonial. La eliminación de las causales subjetivas es una manera de colaborar a superar la ruptura matrimonial de la manera menos dolorosa posible. De este modo, y de conformidad con la línea legislativa que adoptan varios países en sus reformas más recientes, se prevé un único sistema de divorcio remedio”.

Una consecuencia ineludible de la derogación del sistema causado subjetivo o culpable se vincula con los derechos y deberes que derivan de la celebración del matrimonio. También en los Fundamentos se precisa que: “Se establece el compromiso de los cónyuges de llevar adelante un proyecto de vida, elemento tradicional del matrimonio, basado en la cooperación y en el deber moral de fidelidad. Este punto de partida reconoce el alto valor axiológico de los deberes de fidelidad y cohabitación, pero al receptarse un régimen incausado de divorcio, su incumplimiento no genera consecuencias jurídicas”.

En otras palabras, en el marco de un único régimen de divorcio de tipo incausado, los derechos y deberes matrimoniales pasan a tener más relevancia en el plano ético que el jurídico porque en este último, el incumplimiento de ciertos derechos y deberes no trae consigo ninguna sanción jurídica.

La razón de este cambio trascendental radica en el hecho de que las relaciones familiares en general han sufrido grandes transformaciones, realidad social que el derecho no puede silenciar, esconder o impedir.

Acertadamente se ha señalado que el desdoblamiento de la vida familiar se ha visto modificada por diversas transformaciones económicas, políticas, sociales, religiosas, morales y culturales lo que ha llevado también a pluralizar los modelos de familia.

En los últimos años, los cambios familiares se han producido por diversos factores, entre los que se puede mencionar, la modificación de las condiciones económicas marcadas por el paso de la producción al consumo; las transformaciones de un mercado laboral más flexible que exige ciertas destrezas de relación, hasta ahora ligadas al ámbito privado; la mayor movilidad geográfica y social; el creciente aislamiento producido en las condiciones actuales de la vida urbana; la disminución de las presiones económicas, morales, sociales y jurídicas para contraer o disolver el matrimonio; la secularización de

la vida; los avances tecnológicos en materias biológicas y médicas; la cultura democrática y sus técnicas de diálogo y argumentación insertadas en el ámbito familiar; el papel central del amor en el establecimiento y mantenimiento de la unión familiar; o la pluralización y los procesos de individualización en las formas de vida (María O. Sánchez Martínez, *Igualdad sexual y diversidad familiar: ¿La familia en crisis?*, en Cuadernos Democracia y Derechos Humanos, Madrid, Universidad Alcalá —Defensor del Pueblo— Cátedra de Democracia y Derechos Humanos, Alcalá de Henares, 2011, p. 34, citado por Marisa Herrera en “El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado”, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina489.pdf>, 14/03/2019).

Todos estos cambios que muestra la realidad social y que el derecho no puede ni debería pretender evitar o retrasar, han sido destacados, promovidos y repotenciados por la emancipación de la mujer.

En este sentido, la misma autora agrega: “La igualdad entre mujeres y hombres se advierte (como) una novedad histórica que genera importantes cambios en la sociedad y, como no podía ser de otra manera, en las relaciones de convivencia en el ámbito familiar. La mayor preocupación por el acceso de las mujeres a la educación, el impacto de los movimientos feministas, la mecanización de las tareas domésticas, la desaparición de la familia como unidad de producción y el paso de una sociedad de consumo que para mantener el nivel de vida exige una mujer que trabaje fuera del hogar y aporte ingresos a la unidad familiar, son claros ejemplos del cambio del modelo de mujer para la familia” (*idem*).

Todas estas modificaciones han puesto en tensión el modelo de familia tradicional, a tal punto que se ha defendido la idea de que en realidad, la subsistencia de la familia tradicional es más inquietante que su declive, porque el desarrollo económico y la democracia sólo son posibles en condiciones de igualdad sexual y, para esto, ha de cambiar la familia tradicional, aquella basada en la potestad del hombre por sobre la mujer y los hijos o, en otras palabras, un espacio en el que se ha vivido, y aún se viven, relaciones de poder, de dominación, sumisión e, incluso, de violencia”. (El lugar de la Justicia en la ruptura matrimonial según la legislación que se avecina. Bases para leer el régimen de divorcio incausado, Marisa Herrera, <https://www.pensamientocivil.com.ar/system/files/2015/01/Doctrina489.pdf>, 14/03/2019).

En línea con esta nueva concepción entonces es que el art. 431 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Los esposos se comprometen a desarrollar un proyecto de vida en común basado en la cooperación, la convivencia y el deber moral de fidelidad. Deben prestarse asistencia mutua”.

De este modo, la fidelidad se ubica fuera de la esfera jurídica y su incumplimiento no acarrea sanción jurídica alguna. Con el objetivo de reafirmar su carácter moral, de manera expresa, en los Fundamentos se establece que: “Los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición humana. Se separa así lo relativo al vínculo matrimonial del derecho de daños”.

Sobre el particular, expresa Lorenzetti, que esta mirada negativa sobre los daños y perjuicios derivados del divorcio se condice con la tésis de la reforma que recepta el Código en materia de divorcio, optándose

por el sistema incausado. Sucede que los daños derivados del divorcio se desprenden del sistema subjetivo y la causa es el incumplimiento de alguno o varios derechos-deberes jurídicos del matrimonio al configurar un hecho ilícito que genera el deber de reparar (Ricardo L. Lorenzetti, *Cód. Civil y Comercial de la Nación Comentado*, Rubinzal Culzoni Editores, Buenos Aires, 2015, T. II, 681).

Por ende, y a contrario sensu, sigue diciendo el mismo autor, si no hay derechos y deberes jurídicos sino morales, si se deroga el sistema causado, si no se configura un hecho ilícito por no haber antijuridicidad en la conducta seguida por uno o ambos cónyuges, no se darían los presupuestos de la responsabilidad civil (*idem*).

En definitiva, en el Cód. Civ. y Com. el único derecho-deber jurídico en el matrimonio es el de asistencia que se asienta en dos principios básicos de las relaciones de familia: 1) el de solidaridad familiar y 2) el de responsabilidad.

Por el contrario, la fidelidad y la convivencia han pasado al campo de las acciones privadas que se regulan muy bien en el art. 19 de la Constitución Nacional, lo que constituye la consecuencia ineludible de receptor, defender y confiar en el divorcio incausado como el mejor sistema legal para la pacificación de las relaciones de familia (Marisa Herrera, *El régimen de divorcio incausado en el Cód. Civ. y Com. de la Nación*, AR/DOC/4320/2014).

b) Cabe recordar que antes de la sanción del Cód. Civ. y Com. la doctrina nacional realizaba una primera gran distinción: i) los daños que pudiera ocasionar la declaración de divorcio en sí mismo; y ii) aquellos que pudieran derivar de los hechos constitutivos de las causales previstas por el derogado Cód. Civil para acceder a un divorcio con imputación de culpa.

La cuestión relacionada con las consecuencias dañosas de los hechos constitutivos de las causales de divorcio generó un intenso debate doctrinario y jurisprudencial, cuyo momento cúlmine fue el fallo plenario de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil del 20/09/1994 (CNCiv., en pleno, "G., G. G. c. B. de G., S. M", 20/09/1994, LA LEY, 1994-E, 538) que por mayoría resolvió la procedencia de la aplicación de las normas generales de la responsabilidad civil derivado de los hechos constitutivos de las causales de divorcio contencioso, en virtud del principio genérico de no dañar al otro, del derecho a la integridad personal y a la reparación integral del daño, dejando en claro que no significaba reconocer la procedencia automática del resarcimiento, sino que exigía la concurrencia de los elementos propios de la responsabilidad civil, en especial, la configuración del daño (Ponencia de las Dras. Marisa Herrera, Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini, Derecho y realidad: la improcedencia de reclamo resarcitorio por incumplimiento del deber moral de fidelidad según el contexto jurisprudencial previo al Código Civil y Comercial XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, 1, 2, 3 de octubre de 2015, Bahía Blanca).

Sin embargo, ya por ese entonces se hacían sentir algunas voces interesantes, aunque minoritarias. Así, se resaltaron varias consideraciones, dos de las cuales vale la pena destacar por su realismo y actualidad: a) la especificidad de la relación matrimonial que impide la determinación de un culpable e inocente más allá de las evidentes dificultades probatorias para arribar a la verdad material y b) la finalidad preventiva de la ley respecto a los efectos dañosos que provoca transitar un divorcio destructivo debiendo desalentar o restringir esta vía.

Por último, otra posición también de sesgo restrictivo sostuvo que sólo ante circunstancias especialmente particulares, es decir, la que se presenta como una "fuerza dañadora muy punzante" habilitaba en forma excepcional la procedencia de reclamos resarcitorios (Voto Dres. Lueces y Molteni en "G. G. G.", 1994).

Desde autores tradicionales como Borda y Bibiloni (Guillermo Borda, *Tratado de Derecho civil. Familia*, Bs. As., LA LEY, 10 ed., 2008, T. I, N° 604; *Reflexiones sobre la indemnización de los daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio*, ED, T. 147, 1992, p. 813) hasta autores más modernos sostuvieron con fundamentos jurídicos y metajurídicos la improcedencia de planteos resarcitorios en el marco del divorcio.

A la posición negativa hoy se suman la Dra. Aída Kemelmajer de Carlucci, Marisa Herrera, *El divorcio sin expresión de causa y los deberes y derechos matrimoniales en el nuevo Código*, LA LEY, 2015-C, 1280; Matilde Zavala de González, *Daños entre familiares*, LA LEY, 2015-A, 562; Emilio Ibarlucea, *El reclamo de reparación del daño moral por las causales subjetivas de divorcio. La correcta interpretación de la ley y la cuestión constitucional*, RDF, N° 45, marzo/abril, 2010, p. 85, por citar sólo algunos.

En cambio, como ya anticipamos, siempre en el contexto de un régimen legal de divorcio inculpatario, otro grupo de autores han sostenido que las normas generales de responsabilidad civil por actos ilícitos eran aplicables ante la ilicitud de los hechos constitutivos de las causales de divorcio y por derivación del principio de no dañar (Félix Trigo Represas y Marcelo López Mesa, *Tratado de la responsabilidad civil*, Bs. As., LA LEY, T. IV, 2004, p. 281; Julián Jalil, *Daños derivados del divorcio y presupuestos para la procedencia de la responsabilidad civil*, RDFyP, año 3, N° 1, enero/febrero 2011, p. 13, por citar sólo a modo de ejemplo).

Por último, surgió una postura intermedia que en principio rechazaba la procedencia de reclamos indemnizatorios, salvo cuando el daño hubiera causado un fuerte sufrimiento al cónyuge (Santos Cifuentes, *El divorcio y la responsabilidad por daño moral*, LA LEY, 1990-B,805, quien como magistrado de la Sala C defendió la tesis del "daño punzante").

Sintetizados de este modo los principales argumentos de las tres posiciones (afirmativa, negativa, intermedia) se observa fácilmente que, si el argumento más defendido de la tesis afirmativa giraba en torno de la antijuridicidad derivada de la violación de los deberes matrimoniales, luego, en el marco de un divorcio incausado como el actual, la única tesis viable es la negativa.

En definitiva, existe una abierta contradicción entre el derecho de daños y el divorcio sin expresión de causa, no obstante, lo cual es el ámbito que genera una de las discusiones más arduas que esconde, en realidad, una fuerte resistencia de algunos sectores al divorcio inculpatario y a que la Justicia no se inmiscuya en la intimidad de las personas, a pesar del principio constitucional de reserva (art. 19, CN).

c) Como ya se ha expresado entonces, el Cód. Civ. y Comercial introduce modificaciones sustanciales en el régimen del divorcio, estableciendo una única modalidad de acceso, cual es, sin expresión de causa, cambio rotundo que impide continuar utilizando argumentaciones desarrolladas en torno de un divorcio culpable pues la legislación ha variado completamente.

Es absolutamente coherente interpretar que ante el evidente cambio normativo que

relega el cumplimiento o no del deber de fidelidad a la zona de reserva e intimidad (art. 19 de la Constitución Nacional) no corresponde habilitar reclamos resarcitorios derivados de su incumplimiento.

Vale la pena reproducir aquí algunas consideraciones vertidas por la Dra. Kemelmajer de Carlucci: "Los tribunales no deben ser un instrumento para agudizar el conflicto, sino para solucionarlo. Así lo reconocen los jueces que no huyen de la realidad: 'el daño que provoca al grupo familiar la creación judicial de la figura de un culpable es el veneno que se destila en el seno de la familia'. No es casual, por ende, que a estos tipos de divorcios se los haya calificado —por la más autorizada doctrina psicológica y psicoanalítica— como de naturaleza maligna y destructiva. Los jueces están obligados a proteger a la familia (art. 14 bis de la Constitución Nacional y art. 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), y también tienen el deber de no privar a los ciudadanos de su necesario ámbito de intimidad (art. 19, CN), por lo que también desde esta perspectiva, configura un error extralimitar el alcance del art. 202, inc. 5º del Cód. Civil —como si no existieran otras normas de nuestro ordenamiento jurídico— y proceder a inculpar a un esposo (o esposa) que tomó la sana iniciativa de poner fin a una convivencia dañina, gris y corrosiva, que a nadie beneficiaba" (Aída Kemelmajer de Carlucci, *Tratado de Derecho de Familia, según Código Civil y Comercial de la Nación*, capítulo introductorio, Rubinzal-Culzoni Editores, Santa Fe, 2014, p. 9).

d) Por otra parte, cabe reproducir también las conclusiones del voto del Dr. R. R. porque resultan útiles para introducir otro aspecto del análisis de la cuestión.

En efecto, el magistrado concluye que "...evidentemente se han reunido en el presente caso los elementos de la responsabilidad civil, el primero de ellos y el componente más trascendente es el daño, el cual efectivamente ha sido acreditado por cierto...; el segundo que también ha sido abundantemente tratado que es la antijuridicidad; el tercero es el factor subjetivo de responsabilidad atribuido a la reconvenida y por ende el cuarto que es la relación de causalidad entre el hecho y el daño" (fs. 638).

Sin embargo, tampoco desde la óptica del derecho de daños es procedente una indemnización por daños derivados de la violación del deber moral de fidelidad.

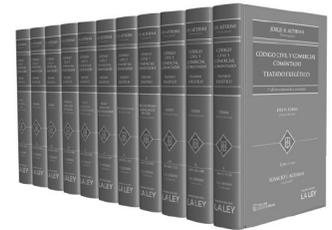
En este sentido, Matilde Zavala de González (*Daños entre familiares*, LA LEY, 2015-A, 562) explica que, en el Código actual, donde impera un régimen de divorcio-remedio, la falta de convivencia o adulterio no sustentan la disolución del vínculo matrimonial ni tampoco una acción resarcitoria por daños, dado que atañen a relaciones exclusivamente íntimas de la pareja, con eventual incidencia ética pero ninguna en el plano jurídico. Es por ello que no se configuran los presupuestos básicos de responsabilidad civil, según fundamenta a continuación.

1. Ausencia de antijuridicidad: en el Código derogado se apoyaba la indemnización de daños provocados por el cónyuge culpable del divorcio o separación personal en que la violación de los deberes impuestos por el matrimonio constituía una clase de hechos antijurídicos.

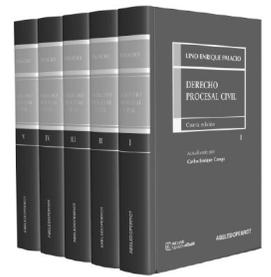
Este argumento cae en el sistema actual que priva a esas conductas del carácter de deberes jurídicos y delega las decisiones pertinentes en la autonomía de la voluntad del o de los cónyuges interesados. Entonces, si la fidelidad es deber puramente moral, su exclusiva infracción no puede generar consecuencias jurídicas.

FONDO EDITORIAL

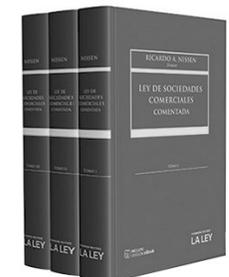
NOVEDADES

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL
COMENTADO – TRATADO EXEGÉTICO
Tercera edición actualizada y ampliada

Coordinador: Alterini, Ignacio Ezequiel
Director: Alterini, Jorge H.
Editorial: La Ley, 11 tomos, 2019

DERECHO PROCESAL CIVIL
Cuarta edición

Autor: Palacio, Lino E.
Actualizador: Camps Carlos E.
Editorial: La Ley, 5 tomos, 2017

LEY DE SOCIEDADES COMERCIALES
COMENTADA

Autor: Nissen, Ricardo A.
Editorial: La Ley, 3 tomos, 2017

LOS RECURSOS EXTRAORDINARIOS
EN LAS PROVINCIAS ARGENTINAS
Y EN CABA

Directora: Sbdar, Claudia Beatriz
Codirector: Gutiérrez, Rafael Francisco
Editorial: La Ley, 2019

Se pueden adquirir en
<https://www.thomsonreuters.com.ar/es/tienda>

En definitiva, el derecho a la reparación de un cónyuge con motivo de que el otro lesiona sus derechos personalísimos no se funda en la calidad de cónyuge, sino exclusivamente en la situación de víctima, según sucedería con cualquier sujeto afectado por similar daño injusto.

Asimismo, cabe agregar que, en los casos, por ejemplo, de violencia en la pareja, la Ley N° 26.485 de Protección Integral para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra las Mujeres en los Ámbitos en que se Desarrollan sus Relaciones Interpersonales del 2009, prevé de manera expresa la reparación de los daños que se deriven de este tipo de violación de derechos humanos al expresar en su art. 35: “Reparación. La parte damnificada podrá reclamar la reparación civil por los daños y perjuicios, según las normas comunes que rigen la materia”.

2. No hay lesión a un interés protegido: la injusticia del daño constituye presupuesto indispensable de la reparación y sólo existe ante un hecho lesivo de un interés con protección jurídica, así sea por no merecer reprobación pero además con tal de que tenga prioridad sobre otros con los que eventualmente concurre.

Cuando se prohíbe exigir una conducta, cuya realización queda librada a la intimidad y decisión personal, tal prohibición no queda enervada porque aquel proceder signifique un deber moral para una parte y un interés valioso para la otra.

Además, también constituye interés prevaliente no destruir aún más al grupo familiar a través de litigios donde no pueden llegar más que algunos ecos de la verdad o realidades deformadas, pues nadie sabrá jamás la exactitud de lo acontecido en su íntegra y compleja dimensión. Son procesos con pruebas “sucias” cuando se refieren a asuntos estrictamente íntimos, cuya ventilación pública provoca daños más graves de los que supuestamente repararía una compensación dineraria.

3. Preservación de la intimidad y autonomía de la pareja: en un matrimonio concebido prioritariamente como un proyecto de vida en común y sustentando no sólo en una voluntad inicial sino mantenida en el tiempo, los esposos deben poder decidir la existencia misma y la regularidad de su convivencia, así como la exclusividad o no de sus vínculos sexuales. Mientras no lesionen intereses ajenos son cuestiones que atañen a su privacidad.

Si alguno de los cónyuges se siente afectado por algún apartamiento a esas conductas consensuadas puede recurrir al divorcio sin obstáculos ni expresión de causa, pero sin erigirlo en una suerte de castigo que no beneficie a nadie.

4. Falta de relación causal adecuada con un supuesto daño: la imputación de culpas por el divorcio no deja en claro quiénes son cónyuges victimarios frente a otros inocentes, porque no existen comportamientos aislados y autónomos como origen exclusivo de las desavenencias. Nunca hay un único causante del fin de la relación, porque en ésta participan dos personas que interactúan y por eso su deterioro siempre es referible a ambas, de una u otra manera.

Algunos hechos que aparecen como evidentes —como sucede normalmente con el adulterio— en realidad suelen ser efectos de proceder imputables al otro, minúsculos e indemostrables, como el desamor y desinterés hacia el cónyuge después infiel.

En tal sentido, Borda formuló el interrogante sobre quién es el culpable: el autor de adulterio o de abandono del hogar, o el otro, que con su frialdad provocó esa reacción

(Reflexiones sobre la indemnización de daños y perjuicios en la separación personal y en el divorcio, ED, 147-813).

Se sostiene con acierto, sigue diciendo Matilde Zavala de González, que el conflicto conyugal no es individual sino de relación, donde el comportamiento de cada esposo es una reacción a la conducta del otro o a factores externos. Se trata de una causalidad circular, como interacción entre hechos, en lugar de la causalidad lineal, donde un hecho produce un efecto. Todo ello hace imposible establecer inequívocamente quién es responsable del fracaso matrimonial, pues aun cuando una sentencia así lo declare, “quedan en la penumbra todas las concausas que llevaron a dicho resultado (...) intervienen distintos factores, propios de los cónyuges, o del entorno familiar o social”.

f) Como ya había anticipado, con el objetivo de reafirmar el carácter moral del deber de fidelidad, en los Fundamentos del Anteproyecto, se precisa que los daños que pueden ser indemnizados a través del sistema general de la responsabilidad civil son aquellos que no tienen su causa en el vínculo matrimonial en sí mismo ni en los deberes que de él emanan, sino en la condición de persona.

En tal sentido, analizando los principales argumentos esgrimidos por la Cámara de Apelaciones para fundamentar el reconocimiento del daño moral, mencionan los padecimientos del demandado por supuestos hechos de infidelidad de la esposa, aquí actora.

Precisan a tales efectos los informes psicológicos y psiquiátricos que dan cuenta del estado de depresión, angustia y tristeza que padecía el accionado y, por otra parte, la repercusión periodística que tuvo el supuesto adulterio, es decir, afecciones que se vinculan directamente con la calidad de cónyuges.

Ahora, no todo dolor o padecimiento genera derecho a resarcimiento y en cuanto a la repercusión periodística del supuesto adulterio, no surge de las constancias de autos que la actora haya sido responsable de su propagación sino más bien la espectacularidad de los acontecimientos y la conducta del propio señor C. parecen haber atraído la curiosidad y atención periodística.

A este respecto, también desde la perspectiva del derecho de daños, Aciarri estima que las consecuencias derivadas de la infidelidad no configuran un daño jurídico. Porque al exigirse seriedad en el daño (como requisito implícito del daño jurídico) se alude a un estándar social que, cuando no es alcanzado, queda fuera del ámbito jurídico.

Por ejemplo, precisa el autor, si mi mejor amigo no me acompaña en un momento trágico de mi vida o se niega a donarle sangre a mi familiar que luego fallece, sin lugar a dudas me causa angustia, tristeza, depresión, dolores infinitamente superiores al que me generaría si me chocaran el auto. Pero esto último constituye daño jurídico y aquello no, porque encuentra tutela jurídica en el ordenamiento. Ello no se relaciona con la intensidad del dolor, sino con la clase de hechos implicados a la luz de los estándares sociales, los cuales, a su vez, están influidos por el ordenamiento jurídico vigente (Hugo Aciarri, Conferencia dictada en las Jornadas Preparatorias de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil, cita N° 18, Ponencia de Marisa Herrera, Carolina Duprat y María Victoria Pellegrini, Responsabilidad civil y divorcio incausado: ¿compatibilidad o contradicción?

En definitiva, en el marco de un régimen legal en el cual la fidelidad configura un deber moral y a la par se abandona el sistema

de divorcio con expresión de causa no es compatible el reclamo indemnizatorio por las consecuencias del incumplimiento del referido deber.

Además, como ya expresé, en un sistema de responsabilidad centrado en el daño, no toda conducta que provoque dolor o angustia resulta indemnizable.

Por otra parte, el art. 2° del Cód. Civ. y Com. exige interpretar la ley conforme las pautas que especifica, “de modo coherente con todo el ordenamiento”, coherencia que requiere tener en cuenta las normas propias del derecho matrimonial y divorcio para interpretar aquellas relacionadas al derecho de daños. De allí que resulta incoherente y contraria por ende al art. 2°, Cód. Civ. y Com., una interpretación aislada del concepto de daño pues para su aplicación en el ámbito del divorcio resulta imprescindible tener en cuenta su contexto normativo.

En definitiva, concluyo que la legislación vigente invita a concentrarnos en lo que realmente está habilitada y preparada para solucionar, es decir, los casos jurídicos, de conformidad con el art. 1° del Cód. Civ. y Com. Los odios, las angustias y broncas familiares quedan —como una gran cantidad de dolores— exentas de la autoridad de los magistrados, tal como lo expresa el art. 19 de la Constitución Nacional.

II. Incorporación de la perspectiva de género en el análisis.

a) De manera preliminar, debo manifestar que advierto que en la resolución impugnada se interpreta el sistema conforme los propios criterios morales y pautas culturales de los jueces que la suscribieron.

Además, observo que esa interpretación no es ajena a una cultura fuertemente arraigada en estereotipos o que puede verse marcada por nociones estereotipadas sobre cuál debe ser la conducta de las mujeres dentro del matrimonio.

En otras palabras, observo elementos que me permiten concluir que la decisión impugnada contiene argumentos basados en consideraciones de género, acerca de los roles que les son asignados a las mujeres, en el caso, sobre un comportamiento ideal en su concepción tradicional del matrimonio.

Por otra parte, entiendo que, al momento de resolver, además del Cód. Civ. y Com., los jueces debieron haber considerado otros ordenamientos legales que regulan algunos aspectos vinculados con el caso traído a estudio.

Sobre el particular, resulta importante aclarar que el art. II de la Declaración Americana de Derechos Humanos establece: “Todas las personas son iguales ante la ley y tienen los deberes y derechos consagrados en esta Declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna”, principios que han sido incorporados en el artículo 1.3 de la Carta de las Naciones Unidas y en el art. 3.j) de la Carta de la OEA. En ese mismo sentido se inscribe lo dispuesto en el art. 17.4 de la Convención según el cual “Los Estados partes deben tomar medidas apropiadas para asegurar la igualdad de derechos y la adecuada equivalencia de responsabilidad de los cónyuges en cuanto al matrimonio, durante el matrimonio y en caso de disolución del mismo...”.

El artículo citado es la aplicación concreta al matrimonio de la norma general que establece la igualdad ante la ley, según el art. 24 de la Convención, y la prohibición de toda discriminación en razón de sexo prevista en el art. 1.1.

Por su parte, en el orden interno, en el art. 2° de la ley N° 26.485 (BO 14/04/2009), a la cual la Provincia de La Pampa se ha adherido mediante la ley N° 2550 (BO 29/01/2010), se establece que el ordenamiento pretende promover y garantizar —entre otros fines— la eliminación de la discriminación entre mujeres y varones en todos los órdenes de la vida; el derecho de las mujeres a vivir una vida sin violencia; las condiciones aptas para sensibilizar y prevenir, sancionar y erradicar la discriminación y la violencia contra las mujeres en cualquiera de sus manifestaciones y ámbitos; el desarrollo de políticas públicas de carácter interinstitucional sobre violencia contra las mujeres; y la remoción de patrones socioculturales que promueven y sostienen la desigualdad de género y las relaciones de poder sobre las mujeres, etc.

A su vez, en el art. 4° se define el concepto de violencia indirecta como toda conducta, acción u omisión, disposición, criterio o práctica discriminatoria que ponga a la mujer en desventaja con respecto al varón.

Por su parte, en el art. 5°, se precisan los diferentes tipos de violencia que se pueden cometer contra las mujeres, y para lo que aquí interesa, resalto la que se denomina violencia simbólica, vale decir, aquella “... que, a través de patrones estereotipados, mensajes, valores, íconos o signos transmita y reproduzca dominación, desigualdad y discriminación en las relaciones sociales, naturalizando la subordinación de la mujer en la sociedad” (art. 5°, 5., ley N° 26.485).

Desde esta perspectiva entonces, cabe preguntarse si los jueces hubieran tomado la misma decisión en caso de que la supuesta infidelidad hubiera sido cometida por el esposo. Muy probablemente la respuesta sería negativa.

Es por ello que debemos interrogarnos también cuáles son los parámetros interpretativos que deben guiar a un magistrado en el momento de determinar si una restricción o diferencia de trato determinada resulta legítima o discriminatoria.

En primer término, el enfoque deberá centrarse en establecer si la medida o conducta cuestionada resulta objetiva y a su vez, razonable.

Y aquí resulta útil mencionar el “Protocolo para juzgar con perspectiva de género” realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México cuando menciona que: “...la objetividad de una distinción, exclusión, restricción o preferencia la determina el hecho de que haya sido tomada de acuerdo a criterios libres de estereotipos y basados en los derechos humanos. Mientras que la razonabilidad está en la proporcionalidad entre la finalidad —diseño y ejecución de un proyecto de vida enmarcado en la autonomía de la persona y sus derechos humanos— y la medida tomada” (disponible en: www.supremacorte.gob.mx).

Aplicado a la perspectiva de género, tal como lo sostiene Zunilda Niremperger en “Prácticas, prevención y reparación. Juzgar con perspectiva de género”, en *Mujeres en el Laberinto de Justicia* (p. 71 y ss.), el control en base a la pauta de razonabilidad tutela un adecuado correlato sistémico entre una diferencia de trato determinada y el plexo de principios, derechos y garantías constitucionalmente consagrados, augurando con ello la materialización del valor justicia que los subyace. De este modo, podremos determinar si la situación bajo examen constituye una distinción tolerable por el ordenamiento jurídico o, en su defecto, consolida una práctica discriminatoria.

Conforme lo expuesto, entonces, remarco la importancia de resolver despejando los

condicionamientos culturales o morales o en todo caso, cuestionando algunos preceptos que en realidad importan discriminación por razones de género.

Además, no puedo dejar de mencionar que, desde el ejercicio de la magistratura, la incorporación de la categoría de género al proceso de examen y razonamiento, conduce a la adopción de decisiones justas e integrales que permiten acortar las distancias de la igualdad ante la ley.

En definitiva, en base a las consideraciones vertidas entiendo que la Cámara de Apelaciones ha aplicado erróneamente el art. 431 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, al hacer lugar al rubro daño moral al demandado reconviniente.

Conforme se resuelve, las costas generadas por el reclamo del daño moral se impondrán al demandado.

Asimismo, el modo en que se resuelve la controversia convierte en inoficioso el tratamiento del planteo recursivo realizado por las Dras. A. y G.

Con lo expuesto se da respuesta afirmativa a la segunda cuestión.

3ª cuestión. — El doctor *Sappa* dijo:

Atento el modo en que se resuelve la cuestión anterior corresponde casar la sentencia impugnada y revocar lo resuelto en los puntos II, III, IV y V inciso b) (fs. 639 vta./640).

Ello implica: a) dejar sin efecto la condena a la actora a pagar daño moral al demandado reconviniente; b) imponer las costas del divorcio en el orden causado en primera y segunda instancia, y las generadas por el daño moral pretendido, al demandado en todas las instancias; c) dejar vigente la regulación de honorarios del punto V de la sentencia de primera instancia (fs. 524 vta.); d) respecto de lo reclamado por el daño moral, establecer los honorarios del Dr. G. M. M. en el 30% de los establecidos en primera instancia para las patrocinantes de la actora, y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 25% de la suma determinada en primera instancia.

Regular los honorarios por la actuación en la instancia extraordinaria de los Dres. P. R. S. y A. A. S., en forma conjunta, en el 35% de la suma que se le regulara en primera instancia a las patrocinantes de la actora, y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 28% de la suma regulada en primera instancia.

Así voto.

En este estado del acuerdo, advirtiéndose que no existen votos coincidentes de los miembros titulares de la Sala A, lo que imposibilita el pronunciamiento de la sentencia (art. 270 del Cód. Proc. Civ. y Com.), se dispone: Primero: Integrar la Sala A con el presidente de la Sala B, para que dirima la disidencia (Acuerdo nº 3328/14, Anexo I, artículo 8º, inciso a).

Segundo: Establecer un cuarto intermedio del presente acuerdo hasta que la Sala A quede definitivamente integrada conforme a lo dispuesto en el punto 1º) y para que el señor presidente de la Sala B o eventualmente, su subrogante pueda emitir su voto.

Tercero: Por Secretaría se fijará fecha y hora para la reanudación del presente acuerdo.

Cuarto: Hacer saber al señor presidente de la Sala B.

Convocado a dirimir la disidencia planteada he de adherir al voto del doctor *Sappa*

por compartir los argumentos y razones invocados para fundamentar la decisión. Así voto.

En mérito a lo expuesto, por mayoría de votos, el Superior Tribunal de Justicia, Sala A, resuelve: 1. Hacer lugar al recurso extraordinario provincial interpuesto a fs. 650/664 vta. por la parte actora, T. contra la sentencia de la Cámara de Apelaciones en lo Civil Comercial, Laboral y de Minería de la Segunda Circunscripción Judicial obrante a fs. 622/640. 2. Casar la sentencia impugnada y revocar lo resuelto en los puntos II, III, IV y V inciso b) (fs. 639 vta./640) con los alcances expuestos en los considerandos de la tercera cuestión (Voto juez *Sappa*). 3. Declarar inoficioso el tratamiento del planteo recursivo realizado por las A. y G. 4. Imponer las costas de esta instancia extraordinaria a la parte demandada vencida (art. 62 del Cód. Proc. Civ. y Comercial) y regular los honorarios de los Dres. P. R. S. y A. A. S., en forma conjunta, en el 35% de la suma que se regulara en primera instancia a las patrocinantes de la actora y los de los Dres. C. C. G. y SA E., en forma conjunta, en el 28% de la suma que se le regule en primera instancia. 5. Proceder a la devolución de los depósitos realizados por la parte actora y por las abogadas A. y G. A tales efectos, efectúense las libranzas correspondientes a cuyos fines deberán informar CUIT y CBU de la persona autorizada a percibir. 6. Regístrese, notifíquese. — *José R. Sappa*. — *Eduardo D. Fernández Mendía*. — *Hugo O. Díaz*.

Beneficio de justicia gratuita

Interpretación en el derecho de consumo. Alcance.

Hechos: *El juez determinó que el beneficio de justicia gratuita previsto por el art. 53 de la Ley de Defensa del Consumidor solo alcanzaba a las costas causídicas. Apelada la decisión, la Cámara efectuó una interpretación amplia y la revocó.*

El trámite procesal iniciado por el actor sobre la base de la Ley de Defensa del Consumidor es irrestrictamente gratuito en los términos del art. 53 de la norma referida, por cuanto se apunta a facilitar el reclamo de los consumidores y usuarios, quienes se encuentran en una situación de manifiesta debilidad frente al proveedor.

122.001 — CNCom., sala C, 09/04/2019. - Aranda, Esteban Ariel c. Plan Rombo S.A. de Ahorro p/f determinados y otros s/ Sumarísimo.

[Cita on line: AR/JUR/7574/2019]

COSTAS

Se imponen por su orden.

2ª Instancia. — Buenos Aires, abril 9 de 2019.

Vistos: 1. Viene apelado subsidiariamente el apartado 11º del proveído de fs. 54/56 —mantenido en fs. 64/5— en cuanto determinó que el beneficio de justicia gratuita previsto por el art. 53 LDC solo alcanzaba las costas causídicas, debiendo ocurrir al efecto al trámite del beneficio de litigar sin gastos previsto en el ordenamiento procesal.

El memorial de agravios corre en fs. 58/63 y el Ministerio Público Fiscal tuvo intervención en fs. 71/78.

2. El último apartado del art. 53 de la ley N° 24.240 (t.o. por el art. 28 de la ley N° 26.361) dispone que las actuaciones judiciales que se inicien de conformidad con la presente ley en razón de un derecho o un interés individual gozarán del beneficio de justicia gratuita; facultando a la parte demandada la acreditación de la solvencia del consumidor mediante incidente, en cuyo caso cesará el beneficio.

La redacción del precepto restituye en la LDC el beneficio de justicia gratuita que fue vetado por el art. 8º del Decreto 2089/1993, aunque introduce como novedad legislativa el denominado incidente de solvencia que la contraparte puede deducir a efectos de hacer cesar la dispensa acordada.

3. Esta disposición con su actual contenido normativo, ha sido interpretada diversamente con fundamento en la aparente asignación de significados parcialmente opuestos a la expresión beneficio de justicia gratuita que se emplea en su texto. Es claro entonces, que sus alcances variarán según la posición desde la que se aborde su análisis.

Con acierto en cuanto concierne al fundamento de la tutela legal que consagra la LDC, se ha dicho que la finalidad del beneficio de justicia gratuito es posibilitar al consumidor el acceso a los tribunales disminuyendo las barreras que obstan a un reclamo efectivo, que no están dadas únicamente por la pertenencia de los consumidores a una condición humilde o de escasos recursos. El consumidor está en una posición de debilidad, en principio, porque posee menos información —pues en las más de las veces el costo de adquirirla es mayor al costo del producto— y también puede estar en una situación de inferioridad o asimetría con relación a la cuantía de su reclamo y los gastos fijos mínimos que pueden insumir la defensa de su derecho. En las distintas legislaciones se trata de solucionar este problema y garantizar el acceso a la justicia mediante distintos mecanismos de bajo costo para el demandante: la fijación de tribunales de menor cuantía con procedimientos abreviados y sencillos, etapas de mediación obligatoria, todo ello prescindiendo de asistencia letrada, la eximición de sellados y tasas. Por lo que, reiteramos, nada tiene que ver la condición económica del consumidor, sino que el costo para que el mismo sea resarcido no sea mayor al valor del producto adquirido (“El beneficio de gratuidad y su alcance en las acciones de clase” por Cristian O. Del Rosario, en Diario LA LEY del 07/04/2009, p. 5 y ss.; nota al fallo de esta Cámara, Sala D, 04/12/08, “Adecua c. Banco BNP Paribas SA y otro”).

Basados en esta innegable finalidad de protección de la ley, ordenada a promover el amplio y efectivo ejercicio de los derechos que asisten a los consumidores y usuarios, se han elaborado disímiles aportes acerca de la extensión de la gratuidad incorporada por la ley N° 26.361 (art. 28), particularmente en lo que concierne a la vinculación del beneficio de gratuidad con las disposiciones procesales afines.

3.1. Una posición, relativamente más acotada, centra el análisis en la vigencia efectiva del derecho constitucional a instar la jurisdicción, que no puede cercenarse por carecer el requirente de recursos económicos. Ello significa que el consumidor que acciona en defensa de sus derechos como tal se encuentra relevado de abonar la tasa de justicia porque la previsión legal refiere indudablemente a la gratuidad del servicio de justicia que presta el Estado, que no debe verse conculcado por imposiciones económicas; pero una vez franqueado ese acceso el litigante

queda sometido a los avatares del proceso, incluidas las costas, que no son de resorte estatal (Enrique J. Perriau, “La justicia gratuita en la reforma de la ley de defensa del consumidor”, diario LA LEY, ejemplar del 24/09/2008, p. 3).

Tal es la médula de la decisión recaída en algún precedente de este mismo Tribunal (Sala D, 04/12/2008, “Adecua c. Banco BNP Paribas SA y otro”, antes aludido), aunque con referencia a la actuación en justicia de las asociaciones de consumidores, a las que asiste parecida franquicia que se encuentra amparada por norma específica que presenta alguna diferencia en cuanto a sus precisos contornos (art. 55, LDC).

3.2. En otra postura, ciertamente dotada de mayor amplitud, se expresó que la norma introduce de esta manera un beneficio de litigar sin gastos autónomos (“Reformas a la Ley de Defensa de los Consumidores y Usuarios”, por Roberto A. Vázquez Ferreyra y Damián Avale, Diario la Ley, 23/07/2008, p. 1 y ss.).

En el mismo sentido se sostuvo que en cuanto a la gratuidad, la ley reformadora reintegra la normativa vetada, sin perjuicio de que la empresa puede probar que tal beneficio para el consumidor es un abuso, pues posee nivel económico para soportar los costos del proceso (“Visión Integral de la nueva Ley del Consumidor”, por Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, La ley, Doctrina Judicial, Año XXIV, N° 17, Buenos Aires, 23 de abril de 2008, p. 1108 y siguientes; “Proyecto de reforma a la Ley del Consumidor”, por Carlos A. Ghersi y Celia Weingarten, Diario LA LEY, 18/09/2006, p. 1 y ss.).

Esta interpretación, que conduce a una asimilación estricta entre la justicia gratuita de la Ley de Defensa de los Derechos de Consumidores y Usuarios y el beneficio de litigar sin gastos contemplado en el ordenamiento procesal, no introduce límite alguno a la exoneración de costos derivados de la tramitación del proceso respecto del consumidor.

4. Aprecia esta Sala que la cuestión aquí en debate debe abordarse con sujeción a las tendencias actuales que apuntan a facilitar el reclamo de los consumidores y usuarios, por las razones señaladas, cuando se entable el vínculo jurídico que configura la relación de consumo (art. 3º, LDC) en cuanto conviene a la efectiva vigencia de los derechos que tutela ese cuerpo legal.

4.1. La literalidad del dispositivo del art. 53 en el aspecto que se examina, no habilita otra conclusión que admitir la irrestricta gratuidad del trámite procesal. En efecto, en lo que aquí interesa no es posible desatender que, en el ámbito nacional, quien demanda con fundamento en el aludido vínculo jurídico, se halla eximido de abonar la tasa de justicia, que concierne al acceso a la jurisdicción, y los demás gastos que genere la tramitación del proceso (cfr. esta Sala, 18/03/2010, “Maero Suparo, Hernán D. y otros c. Banco Francés SA s/ ordinario”). Es en la propia letra de las disposiciones donde reside la solución a la cuestión, sin recurrir a otras leyes. El beneficio de gratuidad previsto en los arts. 53 y 55 de la LDC tiene un alcance o contenido similar en amplitud al beneficio de litigar sin gastos (“La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo”, por Horacio L. Bersten, Diario LA LEY, 17 de marzo de 2009, p. 4 y ss.).

Así, recuérdese, nuestra actual Ley de Defensa del Consumidor señala que las acciones basadas en el derecho individual de los consumidores gozan del beneficio de justicia gratuita, pudiendo la demandada demostrar la solvencia del actor para que este beneficio cese (art. 53, *in fine*). La remoción de obstáculos de orden patrimonial para la promoción de reclamos por el consumidor con base en

la relación de consumo se erige, entonces, en principio básico de la legislación protectoria.

En la dirección señalada el legislador decidió presumir la carencia de recursos e invirtió la carga probatoria de la solvencia, que pende ahora sobre el proveedor de bienes o servicios. A la vez, ese incidente de solvencia confiere sentido a la dispensa de soportar los gastos que la tramitación del proceso origine

4.2. La única explicación coherente con el texto legal del aludido art. 53, como ha sido sostenido, es que el beneficio de justicia gratuita incluye a la tasa de justicia, pero no se agota en ella y que comprende a las costas, con un alcance similar al que se le otorga al beneficio de litigar sin gastos. Si bien es cierto que, en algún caso concreto la presión que puede ejercer la demandada para

que alguien abone la tasa judicial, puede ser funcional a su posición en el pleito, bajo ningún punto de vista puede sostenerse que esa pueda ser una razón para que el legislador haya previsto el incidente de solvencia. En cambio, existe un interés relevante en el proveedor en cuanto a las costas del proceso y es por esa razón que se ha previsto en el art. 53 que puede articular un incidente de solvencia, con el objeto que un consumidor con recursos suficientes deba hacerse cargo de las eventuales condenaciones del juicio —que tienen un valor significativo y que si no fuera así estarían exclusivamente a cargo del proveedor—, aunque ganare el pleito. Tampoco puede sostenerse válidamente que el resguardo de la recaudación fiscal esté en manos privadas. También, desde un punto de vista de racionalidad y funcionalidad de la administración de jus-

ticia, no se advierte cuál sería la utilidad de la promoción de un incidente, por parte del proveedor para que el consumidor pague sólo la tasa judicial. A *contrario sensu*, si eventualmente el incidente de solvencia del consumidor prospera, no hay dudas que el consumidor deberá abonar la tasa judicial y será muy sencillo que el Tribunal lo intime a su pago, ya sea por iniciativa del mismo o mediando intervención del representante de los intereses fiscales (“La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo”, por Horacio L. Bersten, Diario LA LEY, 17 de marzo de 2009, p. 4 y ss.).

Este criterio ha sido sostenido por la colegia Sala “C” —con la prevención que también refirió a un supuesto regulado por el art. 55, LDC— que consideró que el beneficio de justicia gratuita debe ser interpretado en sentido amplio, comparando tal instituto con el beneficio de litigar sin gastos, con los alcances que el Código de rito le adjudica en los arts. 83 y 84, comprensivos tanto del pago de impuestos y sellados de actuación como de las costas del proceso (*in re*: “Damnificados Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos”, del 09/03/2010).

Téngase en cuenta, además, que, si se pretendiera limitar la exoneración sólo al pago de la tasa de justicia con exclusión de los gastos causídicos, esa interpretación conduciría a la afectación de las autonomías provinciales, soberanas en materia tributaria. Sin embargo, el beneficio de justicia gratuita en el orden nacional puede identificarse —como ha quedado recién expuesto— con el beneficio de litigar sin gastos; en las distintas provincias, habrá que estar a lo que allí se disponga respecto de la tasa judicial pero no respecto de las costas, por las que los consumidores y usuarios no deberían responder salvo que prosperara un incidente de solvencia (“La gratuidad en las acciones individuales y colectivas de consumo”, por Horacio L. Bersten, Diario LA LEY, 17 de marzo de 2009, p. 4 y ss.).

4.3. En este cauce, debe reconocerse que con tales basamentos argumentales fue solicitada la exención al demandar (v. acáp. 12, fs. 63 vta.).

Así, tiene dicho esta Sala que la promoción del incidente que prevé el ordenamiento procesal en su art. 78 y ss., no resulta necesaria para admitir conceder la franquicia pretendida por el actor; por cuanto la disposición del art. 53, LCD no remite al ordenamiento procesal que rija en el lugar de tramitación del proceso, sino que se ciñe a conferir la gratuidad sin otro aditamento ni exigencia (cfr. esta Sala, 29/06/2010, “San Miguel, Martín H. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario”, *id.* 09/11/2010, “Roldán de Bonifacio, Elizabeth T. c. Fiat Auto SA de Ahorro p/fines determinados y otros s/ ordinario”, *id.* 20/09/2011, “Giudici, María A. c. JP Morgan Chase Bank NA y otros s/ ordinario”, *id.* 11/11/2010, “Aparicio, Myriam S. y otros c. Caja de Seguros SA s/ ordinario”).

Ello ha justificado que, por ejemplo, se declare abstracto el trámite del beneficio de litigar sin gastos iniciado (CNCom. Sala C, 09/03/2010, “Damnificados Financieros Asoc. Civil para su Defensa c. Banco Río de la Plata SA s/ beneficio de litigar sin gastos”).

En virtud de lo expuesto precedentemente, se resuelve: revocar la decisión apelada, concediendo a la recurrente el beneficio de justicia gratuito con la amplitud que surge del decurso de la presente en forma provisional hasta que se dicte sentencia y se decida la calificación de consumidora pretendida en su escrito inicial (cfr. esta Sala, 22/03/2011, “Manjón, Pablo A. c. Stampa Automotores SA s/ beneficio de litigar sin gastos”, *id.* 03/05/2018, “Sileo, Analía V. c. Banco de Servicios y Transacciones SA y otro s/ ordinario”, Expte. COM 1322/2018, entre muchos otros). Las costas se impondrán por su orden, atento la opinabilidad que suscitan los alcances e interpretación de la norma analizada (art. 68:2, Cód. Proc. Civ. y Comercial). Notifíquese a las partes y a la Sra. Fiscal General (ley N° 26.685, Acs. CSJN N° 31/2011 art. 1°, N° 3/2015 y N° 23/17), cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. ley N° 26.856, art. 1°; Acs. CSJN N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — Alejandra N. Tevez. — Ernesto Lucchetti. — Rafael F. Barreiro.

THOMSON REUTERS
LA LEYInformación confiable
que avala sus argumentos.

SANEAMIENTO

EVICCIÓN • VICIOS OCULTOS • RÉGIMEN DE DEFENSA DEL CONSUMIDOR

Autor: **Andrés Sánchez Herrero**



Encontrá el análisis detallado del Saneamiento, incluyendo garantías por evicción y vicios ocultos, y los aspectos relacionados con el régimen de defensa del consumidor.

 1 tomo + ebook

La obra consta de cuatro partes, en las que analiza:

- las disposiciones comunes a cualquier tipo de saneamiento.
- la garantía por evicción.
- la garantía por vicios ocultos.
- una selección de temas del régimen de defensa del consumidor que están relacionados con la garantía por vicios.

Adquiera la obra llamando al **0810-222-5253** o ingresando en **www.TiendaTR.com.ar**

La inteligencia, la tecnología y la experiencia profesional necesarias para obtener respuestas confiables.



the answer company™
THOMSON REUTERS®

Síguenos en:  ThomsonReutersLaLey •  @TRLaLey   ThomsonReutersLatam

EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil N° 95, a cargo del Dr. Maximiliano Luis Caia, Secretaría Única, a mi cargo, sito en Talcahuano 550, piso 6º, de esta Ciudad Autónoma de Buenos Aires, en los autos caratulados “BEREZOVSKY RAQUEL c/ TIGRAN GABRIEL YAN s/EJECUCIÓN DE ALQUILERES” (causa 70592/2018), se ha dispuesto lo siguiente: “Buenos Aires, 7 de junio de 2019, ... publíquense edictos por el término de dos días ..., citando al Sr. GABRIEL YAN TIGRAN (DNI: 95.649.720), para que en el término de cinco días, comparezca a exhibir el último recibo de alquiler y a tomar la intervención que le corresponda en el presente proceso, debiendo constituir domicilio en autos, bajo apercibimiento de designar al Sr. Defensor Oficial para que lo represente (conforme art. 343 del Código Procesal). Fdo.: Maximiliano L. Caia”. El presente deberá publicarse por el plazo de dos días en el diario La Ley.

Buenos Aires, 21 de junio de 2019
María Laura Ferrarj, sec.
LA LEY: I. 24/07/19 V. 25/07/19

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, secretaria N° 19, sito en Libertad 731, 9º piso de esta Ciudad, informa que YOSMAR ARIBETH LOZADA GRATEROL de nacionalidad venezolana con DNI N° 95.560.735 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días.

Buenos Aires, 11 de abril de 2019
María Lucía Koon, sec. int.
LA LEY: I. 23/07/19 V. 24/07/19

El Juzg. Nac. de 1ra. Instancia en lo Comercial Nro. 9 a cargo de la Dra. Paula M. Hualde, Sec. N° 17 a mi cargo, sito en M. T. de Alvear 1840, piso 4º CABA, hace saber por cinco días que en los autos “SHEDDEN, JOSÉ MARÍA s/CONCURSO PREVENTIVO” (Exp. Nro. 15357/2019) con fecha 31/05/2019 se presentó en concurso preventivo JOSÉ MARÍA SHEDDEN -CUIT

20055049832 – con domicilio en Dr. Muñiz N° 830 de Luján, Pcia. de Buenos Aires, habiéndose dispuesto la apertura el 25/06/2019. Se hace saber a los acreedores que podrán presentar al síndico Estudio Fizzani y Asociados –con domicilio en Plaza 2176 y tel: 4542-1167–, los títulos justificativos de sus créditos hasta el 25/09/2019 –oportunidad en que deberán acompañar copia de su DNI o constancia de CUIT/CUIL–. Dentro de los siete días del vencimiento del período de observación de créditos, podrán presentar al síndico una contestación a las observaciones formuladas. El síndico presentará los informes que disponen los arts. 35 y 39 LCQ los días 07/11/19 y 20/12/19 –respectivamente–. La fecha para dictar el auto verificador vence el 22/11/19. La audiencia informativa se llevará a cabo el 07/07/20 a las 12 hs., en la sala de audiencias del tribunal.

Buenos Aires, 2 de julio de 2019
Claudio F. Marjanovic Telebak, sec.
LA LEY: I. 18/07/19 V. 24/07/19