



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Director: Alejandro Borda

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

La cuantificación de los daños por lesiones físicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación^(*)

por DIEGO ALEJANDRO LO GIUDICE

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LA REPARACIÓN PLENA EN LA CORTE Y LA RELACIÓN CON OTROS SISTEMAS INDEMNIZATORIOS. – III. LA INCAPACIDAD DERIVADA DE LESIONES FÍSICAS O PSÍQUICAS COMO TERCER RUBRO INDEMNIZABLE. – IV. ALCANCES DE LA INDEMNIZACIÓN. – V. LA APLICACIÓN DE FÓRMULAS MATEMÁTICAS EN LA CORTE NACIONAL. V.A. CRITERIOS EN GENERAL. V.B. FALLO “MEDINA, SIXTO L. C. LÓPEZ, CARLOS” (1978). V.C. FALLO “AROSTEGUI” (2008). V.D. FALLO BERGEROT (2019). V.E. LA CUESTIÓN EN EL FALLO “GRIPPO” (2021). – VI. CONCLUSIONES.

I. Introducción

La cuantificación de los daños sufridos por la incapacidad derivada de lesiones físicas o psíquicas no es un tema pacífico. Al analizar su aspecto patrimonial, se advierten

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *Muerte, chance y valor vida-daños punitivos*, por XANTHOS, ED, 177-90; *La pérdida de una chance como daño indemnizable en la mala praxis médica*, por ROBERTO A. VÁZQUEZ FERREYRA, ED, 184-1530; *Cuarenta y dos objeciones fundamentales al Proyecto de Código Civil de 1998, en materia de responsabilidad civil*, por CAMILO TALE, ED, 191-953; *Derecho de daños - reparación del daño injusto. ¿Habrá llegado el momento?*, por RODOLFO ARICÓ, OLIVIO RUBÉN COSTAMAGNA y CARLOS A. TOSELLI, ED, 210-780; *La falta de responsabilidad de la terminal en la ruptura del contrato de concesión. La indemnización otorgada*, por JAVIER J. SALERNO, ED, 241-371; *La relación causal y la culpa por omisión*, por MARIANO GAGLIARDO, ED, 245-608; *Apostillas sobre el daño resarcible y la relación de causalidad adecuada*, por MAURICIO BORETTO, ED, 255-398; *Paradójicas consecuencias del Régimen de ordenamiento de reparación de los riesgos del trabajo de la República Argentina y la supuesta intangibilidad indemnizatoria y la opción excluyente del trabajador*, por CORA S. MACORETTA, ED, 258-949; *El derecho de chance en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por CARLOS A. GHERSI y CELIA WEINGARTEN, ED, 266-789; *La prueba para la cuantificación del daño en caso de lesiones o incapacidad permanente: un abordaje procesal del art. 1746 del Código Civil y Comercial*, por AMALIA FERNÁNDEZ BALBIS, ED, 266-904; *Daños y perjuicios e incapacidad física. Aplicación de la Constitución Nacional y tratados internacionales*, por OSCAR M. GARCÍA ARNÓ, ED, 270-239; *Las lesiones leves por daño en la salud*, por JULIO E. CHIAPPINI, ED, 272-306; *Lesiones e imputación objetiva*, por SANTIAGO C. BIGNONE, ED, 274-679; *La cuantificación del daño a través de fórmulas matemáticas. Perspectivas para los tribunales de la Provincia de Santa Fe*, por DIEGO LO GIUDICE; FRANCO RASCHETTI y EMILIO VERGARA, ED, 286; *Parámetros de cuantificación de la pérdida de chance. Proyecciones a las indemnizaciones por fallecimiento*, por FRANCO RASCHETTI, ED, 293. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Trabajo realizado dentro del Proyecto de Investigación PRIJUR 2018-2020 de la Pontificia Universidad Católica Argentina, denominada “Cuantificación de los daños a la persona por muerte e incapacidad en el Código Civil y Comercial de la Nación. Aplicación en la jurisprudencia rosarina”, dirigido por Eduardo C. Méndez Sierra.

discordancias en cuanto a la forma de calcular las pérdidas futuras que experimentaría la víctima.

Se trata de una problemática que había generado discusiones y resurgió con la sanción del Código Civil y Comercial. Su artículo 1746 contempla la indemnización en estos supuestos, abarcando distintos tipos de consecuencias resarcibles. Allí dispone: “En caso de lesiones o incapacidad permanente, física o psíquica, total o parcial, la indemnización debe ser evaluada mediante la determinación de un capital, de tal modo que sus rentas cubran la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables, y que se agote al término del plazo en que razonablemente pudo continuar realizando tales actividades. Se presumen los gastos médicos, farmacéuticos y por transporte que resultan razonables en función de la índole de las lesiones o la incapacidad. En el supuesto de incapacidad permanente se debe indemnizar el daño aunque el damnificado continúe ejerciendo una tarea remunerada. Esta indemnización procede aun cuando otra persona deba prestar alimentos al damnificado”.

Una mayoría prácticamente absoluta de la doctrina considera que esta norma impone la necesidad de utilizar fórmulas matemáticas para determinar ese capital, aunque en la jurisprudencia –si bien su utilización es predominante– la cuestión es más discutida⁽¹⁾. Entendemos que, si bien el artículo menciona pautas que son propias de las fórmulas, no modifica sustancialmente la solución aplicable. Más allá de la deficiente regulación en el Código anterior, los alcances de la incapacidad por lesiones eran conocidos por los operadores jurídicos y son los mismos que reconoce el nuevo ordenamiento. También debían utilizarse estos métodos de cálculo si se pretendía llegar a un resultado ajustado y que cuente con la justificación necesaria. El avance actual es la claridad que aporta el Código Civil y Comercial: los parámetros que contempla para las “actividades productivas” solamente pueden ser determinados de esa manera.

Es imperativo que los aspectos patrimoniales de la indemnización por lesiones sean cuantificados con ayuda de estos procedimientos. De otro modo, sería prácticamente imposible conocer con algún grado de proximidad cuál es la entidad de la pérdida que sufre la víctima en cada caso.

(1) Hemos destacado estas posturas en nuestro trabajo conjunto derivado del mismo proyecto: LO GIUDICE, Diego A. - RASCHETTI, Franco - VERGARA, Emilio, “La cuantificación del daño a través de fórmulas matemáticas. Perspectivas para los tribunales de Santa Fe”, *El Derecho* ED-CMXII-755.

A nuestro entender, la sentencia que no explicita adecuadamente de qué forma llegó al monto final carecería de una adecuada fundamentación en los términos del artículo 3 del Código Civil y Comercial.

Quizás podría prescindirse de su utilización en supuestos excepcionales, en los que se pueda cuantificar sin recurrir a ellas. Podría ser el caso de una persona con escasos años de vida productiva por delante, en el cual los lucros igualmente pueden establecerse con algún grado de precisión. En cambio, no podrían dejarse de lado respecto de quienes no acrediten ingresos, debido a que existen otras pautas.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación ha tenido la oportunidad de expedirse sobre el tema, tal como analizaremos en el presente trabajo.

II. La reparación plena en la Corte y la relación con otros sistemas indemnizatorios

La plenitud de la reparación es doctrina ya recibida por parte del Máximo Tribunal. Le ha otorgado carácter constitucional con fundamento en el principio *alterum non laedere* que surge del artículo 19 de la Constitución Nacional⁽²⁾.

Fue abordado por la Corte en numerosas ocasiones. En muchos supuestos se abordó frente a la insuficiencia de los cálculos que estaban previstos en sistemas de reparación específicos, que no tienen en cuenta otros aspectos más allá de lo puramente material⁽³⁾. A pesar de ello, aclaró que la posibilidad de reclamar una suma mayor a la prevista en ellos no implicaba censurar todo régimen legal limitativo de la reparación por daños⁽⁴⁾.

Por esta razón, es una tendencia consolidada aquella que entiende que cuando los daños provienen de regímenes especiales (por ejemplo, de la Ley de Riesgos del Trabajo), si bien no es obligatorio seguir los parámetros matemáticos contenidos allí, su resultado puede ser útil como pauta de referencia⁽⁵⁾. Sin embargo, luego de reiterar este criterio, en el fallo “Grippe” la Corte fue más allá y

(2) CSJN, 5/8/86, “Santa Coloma, Luis Federico y otros c. E.F.A.”, Fallos: 308:1167; CSJN, 5/8/86, “Günther, Fernando R. c. E.N.”, Fallos: 308:1118; CSJN, 5/4/1995, “Servicio Nacional de Parques Nacionales c/ Franzini, Carlos s/ expropiación”, Fallos: 318:445, voto de Carlos S. Fayt; CSJN, 27/11/2012, “Rodríguez Pereyra, Jorge y otra c/ Ejército Argentino s/ Daños y Perjuicios”, Fallos: 335:2333.

(3) CSJN, “Rodríguez Pereyra”, cit.; CSJN, 21/9/2004, “Aquino, Isacio c/ Cargo Servicios Industriales S.A. s/ accidentes ley 9688”, Fallos: 327:3753.

(4) CSJN, “Aquino”, cit.

(5) Así lo ha dispuesto la CSJN en los casos: 14/12/1999, “Denenberg, Roberto c/ Provincia de Buenos Aires s/ cobro de pesos”, D. 332. XXXI. ORI; 21/5/2002, “Camargo, Martina y otros c/ San Luis, Provincia de y otra s/ daños y perjuicios”, Fallos: 325:1156; 15/7/1997, “Reyes, Pascual Ángel c/ Estado Nacional y/u otros s/ juicio de conocimiento”, Fallos: 320:1361; 6/3/2007, “Mosca, Hugo Arnaldo c/ Buenos Aires, Provincia de (Policía Bonaerense) y otros s/ daños y perjuicios”, Fallos: 330:563. En el mismo sentido, la Cámara en lo Contencioso Administrativo Federal, sala II, en los autos “Arregui, Diego Maximiliano c/ Estado Nacional - PFA y otros s/ Daños y perjuicios”, Expte. 1828/08.

CONTENIDO

DOCTRINA

La cuantificación de los daños por lesiones físicas en la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de la Nación, por Diego Alejandro Lo Giudice 1

JURISPRUDENCIA

PROVINCIA DE BUENOS AIRES

Filiación: THRA: realización anterior a la vigencia del CCyCN; nacimiento posterior; normativa aplicable; elemento objetivo; consentimiento informado; concepto; función; requisitos; falencias; voluntad procreacional; elemento volitivo; papel preponderante. **Menores:** Ausencia de consentimiento informado: derecho de los hijos (CCiv., Com. y Familia Lomas de Zamora, sala I, febrero 11-2021) 4

Desalojo: Demanda de desalojo por intrusión: rechazo; condición de propietario; acreditación necesaria; mero poseedor; acción posesoria; acción de despojo; dilucidación de controversias sobre el mejor derecho a la posesión (CApel.CC Mercedes, sala I, agosto 11-2021) 6

COLUMNA LEGISLATIVA 8

sentó una postura clara para supuestos similares: “resulta ineludible que, al tiempo de determinar el monto indemnizatorio por incapacidad sobreviniente y valor vida, los magistrados intervinientes tengan en cuenta como pauta orientadora las sumas indemnizatorias que establece el régimen de reparación de riesgos del trabajo para esos mismos rubros, lo que coadyuvará a arribar a una decisión que –más allá de las particularidades propias de cada régimen indemnizatorio– no desatienda la necesaria armonía que debe regir en el ordenamiento jurídico cuando no se evidencian razones de entidad para un proceder diferente”⁽⁶⁾.

Nos parece que una interpretación armónica de este fallo, en el que tanto hincapié se hace en la igualdad, podría llevar al entendimiento de que –a falta de una justificación acorde por medio de una fórmula matemática explícita– las pautas establecidas en ese régimen podrían ser útiles para que el actor ponga en evidencia la insuficiencia de la reparación en otros supuestos que no estén relacionados con la Ley de Riesgos del Trabajo⁽⁷⁾. En otras palabras, cuando el juez otorgue una indemnización ínfima en un juicio civil, el actor podría demostrar que no llega a cubrir ni siquiera los daños patrimoniales contemplados en aquella normativa que tiene un alcance acotado a la productividad laboral.

Además, ha tenido en cuenta el criterio de realidad económica para valorar la insuficiencia o exceso en las indemnizaciones⁽⁸⁾.

III. La incapacidad derivada de lesiones físicas o psíquicas como tercer rubro indemnizable

Si bien en muchos de los fallos dictados por los tribunales inferiores se afirma que la incapacidad abarca no solamente la disminución de la capacidad laborativa de la víctima, sino también la privación de realizar del mismo modo otras actividades (algunas económicamente valora- bles y otras que no lo son), no se advierte con claridad en qué medida influyen en la indemnización: solo se mencionan como una formulación genérica, sin distinguir cuánto corresponde estrictamente al daño patrimonial por las lesiones físicas y en qué medida se indemniza la imposibilidad de llevar una vida en los mismos términos. Bajo el rótulo “incapacidad” se abarcan ambas cuestiones.

La Corte Suprema de Justicia de la Nación, por su parte, ha destacado la arbitrariedad de aquella sentencia “... que omite discriminar los distintos ítems de la indemnización, puesto que la fijación de una suma global impide verificar el procedimiento lógico empleado por el tribunal y coloca al demandado en estado de indefensión”⁽⁹⁾.

A pesar de ello, ha seguido un criterio similar al que descalifica, en cuanto considera que cuando la víctima resulta disminuida en la integridad física o psíquica de manera permanente, la incapacidad “... debe ser objeto de reparación al margen de que desempeñe o no una actividad productiva pues la integridad física *tiene en sí misma un valor indemnizable* y su lesión afecta diversos aspectos de la personalidad que hacen al ámbito doméstico, social, cultural y deportivo, con la consiguiente frustración del desarrollo pleno de la vida”⁽¹⁰⁾. A ello debe adicionarse que considera a este rubro comprensivo de otros.

Se ha destacado que esta concepción puede llevar al peligro de considerar en forma errónea que hay que poner un precio al cuerpo humano⁽¹¹⁾.

Frente a estos supuestos en los que se otorga una partida automática por incapacidad, Zavala de González ha des-

tacado que podría ser válido indemnizar un menoscabo de productividad genérica si ello “significa reconocerla en casi todos los sujetos, para realizar actividades útiles, así se trate de servicios cotidianos y minúsculos; con la salvedad de personas que por extrema ancianidad o invalidaciones previas han perdido drásticamente esas aptitudes y al contrario requieren asistencia ajena”. Pero agrega que no significa prescindir de una efectiva pérdida de ingresos⁽¹²⁾. Se trata de las llamadas actividades “económicamente valorables” que menciona el artículo 1746 del Código Civil y Comercial⁽¹³⁾.

También deben adicionarse las consecuencias que genera la minoración en la integridad física sobre aquellas actividades que no tienen repercusión económica, pero sí la tienen en lo social, deportivo, etc., y son contempladas por el Máximo Tribunal dentro del rubro “incapacidad”. Más allá de la denominación que se le otorgue, entendemos que se trata de un daño extrapatrimonial en una concepción amplia, que excede el *pretium doloris*⁽¹⁴⁾. Ello sin perjuicio de la indemnización del daño moral por el dolor o sufrimiento que genere esta situación.

Sin embargo, estos no parecen ser los criterios que ha tomado la Corte, que ha tenido otra visión en este punto. Así quedó plasmado en el voto del Dr. Lorenzetti en el fallo “Ontiveros”, al destacar que “el daño a la persona puede producir una consecuencia económica o no, como ocurre en este caso, en que la reclamante ha continuado trabajando”, aunque “da derecho a una indemnización que *no necesariamente debe ser menor* que en el caso en que hubiera consecuencias económicas”⁽¹⁵⁾. Sin perjuicio de la mención sobre la posibilidad de ascensos futuros, expresa que debe tener la misma entidad económica.

Esta concepción, que expresamente le otorga entidad a la incapacidad al margen de lo que pueda generarse en concepto de daño patrimonial y moral, pareciera acercarse al reconocimiento de un *tercer rubro indemnizable*⁽¹⁶⁾.

Debe aclararse que tal postura solamente abarca a los supuestos de lesiones físicas y no a los de fallecimiento, en los que se limita a indemnizar las consecuencias concretas que se derivan del deceso⁽¹⁷⁾.

(12) ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde - GONZÁLEZ ZAVALA, Rodolfo, *La responsabilidad civil en el nuevo Código*, 1ª ed., Córdoba, ed. Alveroni, 2015, t. III, pág. 294.

(13) Para Acciarri, deben calcularse dentro de las actividades productivas (ACCIARRI, Hugo, “Cuantificación de incapacidades desde la vigencia del Código Civil y Comercial”, *Revista de Derecho de Daños*, 2021-1, págs. 43 y 44). Nos parece que lo más importante es que sean parte de la reparación y correctamente delimitados desde el punto de vista conceptual. Lo ideal es que, tal como lo plantea el autor, sean contempladas dentro de la fórmula para facilitar el cómputo.

(14) En sentido similar, ZAVALA DE GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, ob. cit., t. III, pág. 320; PIZARRO - VALLESPINOS, ob. cit., t. I, pág. 146. Se ha sostenido al tratar tales supuestos: “... esa afectación de la salud que malogra el discurrir del incapacitado es encuadrada por algunos como un rubro en sí mismo, ‘al lado’ de la compensación por los padecimientos, mientras que una concepción amplia del daño moral valora ‘dentro’ de este capítulo dicho déficit subjetivo, al percibir cómo la víctima ‘vive peor’, por lo que ha perdido y *no sólo porque le duela la pérdida*” (ZAVALA DE GONZÁLEZ, Matilde, “De la incapacidad laborativa a la incapacidad existencial”, *Revista de Derecho de Daños* 2009-3, RC D 2097/2012).

(15) CSJN, “Ontiveros”, cit. La cursiva nos pertenece.

(16) Pizarro considera preferible interpretar de otra manera la forma de determinar la indemnización por parte de la Corte y la consideración de que la integridad física tiene un “valor en sí mismo”, incluyendo una partida prácticamente automática por incapacidad. El autor entiende que debe valorarse como una necesidad de ampliar la incapacidad hacia el ámbito vital, pero deben tenerse en cuenta todas las consecuencias que genera. Destaca que “lo que no puede hacerse es mandarse a indemnizar el daño patrimonial calibrado con toda dicha amplitud y el daño moral estimado bajo similar perspectiva, y además reconocerse un rubro autónomo por ‘incapacidad’ o ‘daño a la integridad física en sí misma’, que luciría no solo desajustado conceptualmente, sino reñido con el propio principio de la reparación integral, al condenar a pagar bajo distintos *nomen iuris* dos veces una misma indemnización” (PIZARRO, Ramón D., “El derecho a la reparación integral desde la perspectiva constitucional”, LL, 2017-D, 652). En sentido similar, destaca Picasso: “De lo que se trata, entonces –según la Corte– es de que la reparación no debe limitarse al lucro cesante que resulte de la minoración de las actividades remuneradas que llevaba adelante el damnificado, sino que también debe incluir la evaluación de las tareas que esa misma persona realizaba en otros ámbitos (doméstico, social, cultural y deportivo). La afectación de esta última clase de actividades puede lesionar tanto intereses extrapatrimoniales (cuyas consecuencias deben ser resarcidas a título de daño moral) como patrimoniales [porque, v.g., si el damnificado ya no puede vestirse o trasladarse por sí mismo, es preciso suplir esas tareas mediante el pago de una suma de dinero a alguien que lo ayude]; e incluso las actividades sociales o deportivas pueden tener indirectamente consecuencias económicas, si permiten a quien las lleva a cabo relacionarse con terceros con los que podría terminar realizando emprendimientos lucrativos, o afianzar los que ya está efectuando” (PICASSO, ob. cit.).

(17) CSJN, “Guillermón”, cit.

IV. Alcances de la indemnización

Ya con la vigencia del Código Civil y Comercial, el Máximo Tribunal ha aclarado que son indemnizables tanto las actividades “productivas” como las “económicamente valorables” y que deben serlo aunque la víctima no continúe ejerciendo tareas remuneradas⁽¹⁸⁾. Ha reconocido, además, la posibilidad de que exista una pérdida de chances cuando se priva a la víctima de ascender en su carrera en un futuro⁽¹⁹⁾.

En cuanto al alcance de las consecuencias que se han fijado por los daños a la integridad física, no resulta claro en la jurisprudencia histórica de la Corte si el lucro cesante se considera comprendido en la incapacidad. La cuestión se ha tratado del siguiente modo: a) en un supuesto se fijó un monto por incapacidad física y otro distinto por los lucros futuros de los que se vería privado un jugador de fútbol⁽²⁰⁾; b) en cambio, ante el reclamo del actor de este último concepto por la imposibilidad de ejercer la medicina sumado a la incapacidad como daño emergente, se resolvió que se trataba de rubros superpuestos⁽²¹⁾; c) también se sostuvo que la Ley de Riesgos del Trabajo contemplaba solamente dicha consecuencia indemnizable –y en forma limitada–, al prever la incapacidad de ganancia⁽²²⁾; d) sin embargo, más recientemente, la Corte asimiló estas pérdidas a la incapacidad y lo consideró aplicable únicamente a las secuelas transitorias⁽²³⁾. En una interpretación sobre lo establecido en los distintos fallos, podemos concluir que considera al lucro cesante futuro por las actividades productivas que la víctima deja de realizar como parte de la incapacidad permanente, pero distingue este rubro de las consecuencias transitorias⁽²⁴⁾. La disímil solución que se adoptó en el primer caso, en cuanto distinguió la incapacidad del lucro futuro, entendemos que simplemente se debió a una separación conceptual que realizó a los fines de explicitar mejor el cálculo, debido a que la actividad propia de un futbolista tiene pocos años de ganancia que pueden analizarse en concreto mediante un análisis independiente⁽²⁵⁾.

Cabe destacar que en sus fallos se advierte una sólida argumentación y detalle de las consecuencias generadas por cada hecho⁽²⁶⁾, aclarando que deben cuantificarse los ítems por separado para una correcta explicitación de los parámetros utilizados por el juez y el debido contralor de las partes⁽²⁷⁾. En distintas ocasiones, ordenó la inclusión de aquellas derivaciones de la incapacidad que refieren a actividades económicamente valorables o se encuentran más allá del daño patrimonial –sobre todo el que se fijó en virtud de distintas tarifas legales–, por lo que tal fundamentación es elogiada. Aunque también es cierto que su concepción de la incapacidad como un tercer rubro no colabora a la explicitación de los montos adoptados.

Se aprecia, en términos generales, un criterio amplio en la valoración de las consecuencias sufridas por las víctimas y un reconocimiento de aspectos que en muchas ocasiones no son tenidos en cuenta por tribunales inferiores, tales como pérdida de chance frente a la disminución de posibilidades de ascenso laboral⁽²⁸⁾, daño al proyecto de vida⁽²⁹⁾,

(18) CSJN, “Ontiveros”, cit.

(19) CSJN, “Ontiveros”, cit.; CSJN, 12/9/2017, “Leguizamón, Santiago Adolfo c/ Provincia ART S.A. y otro s/ accidente - acción civil”, Fallos: 340:1256.

(20) CSJN, 24/8/1994, “Zacarias, Claudio H. c/ Córdoba, Provincia de y otros s/ sumario”, Fallos: 321:1124.

(21) CSJN, “Denenberg”, cit.

(22) CSJN, “Aquino”, cit. (considerando 6).

(23) CSJN, 30/5/2006, “Cohen, Eliazar c/ Río Negro, Provincia de y otros s/ daños y perjuicios”, C. 1563. XXXVI. ORI.

(24) En un fallo se resolvió indemnizar únicamente las erogaciones debido a que, a pesar de haberse fijado un porcentaje de incapacidad, en el mismo dictamen se consignó que no era de carácter permanente (CSJN, “Baeza, Silvia Ofelia c/ Provincia de Buenos Aires y otros s/ Daños y perjuicios”, Fallos 334:376 considerando 10). Asimismo ha sostenido que “... para la indemnización autónoma del daño psíquico respecto del moral, la incapacidad a resarcir es la permanente y no la transitoria, y debe producir una alteración a nivel psíquico que guarde adecuado nexo causal con el hecho dañoso”; por tal razón, lo incluyó únicamente en el daño moral (CSJN, “Coco” citad; en el mismo sentido, CSJN, 27/5/2003, “Sijjá y Balbastro, Juan Ramón c/ Provincia de La Rioja y otro s/ daños y perjuicios”, S. 36. XXXI. ORI).

(25) Sin embargo, siempre debe tenerse en cuenta que el monto que se consignó como “incapacidad” también es un lucro cesante futuro.

(26) Como ejemplo, puede tenerse en cuenta un fallo en el que actuó con competencia originaria: CSJN, 12/12/2019, “Bergerot, Ana María c/ Provincia de Salta y otros s/ daños y perjuicios”, CSJ 793/2004.

(27) CSJN, “Reyes”, cit.

(28) CSJN, “Ontiveros”, cit.

(29) CSJN, 9/5/2017, “Tarsia, Ariel Nicolás c/ Hospital de Pediatría SAMIC Juan P. Garraghan y otro s/ accidente - acción civil”,

(6) CSJN, 2/9/2021, “Grippe, Guillermo Oscar; Claudia P. Acuña y otros c/ Campos, Enrique Oscar y otros s/ daños y perjuicios (acc. trán. c/ les. o muerte)”, CIV 080458/2006/1/RH001; en sentido similar: CSJN, 10/8/2017, “Ontiveros, Stella Maris c/ Prevención ART S.A. y otros s/ accidente - inc. y cas.”, CSJ 85/2014; fallo “Mosca”, cit.

(7) Allí se sostuvo: “No cabe duda que las normas que forman parte de dicho sistema resarcitorio fueron pensadas y están destinadas a los trabajadores en relación de dependencia. No obstante ello, no puede desconocerse que el fin perseguido por aquellas es, en definitiva, la reparación de los mismos perjuicios cuyas indemnizaciones pretende quien sufre una minusvalía derivada de un accidente de tránsito, sin que pueda razonablemente admitirse que el distinto ámbito en el que se produjeron los daños pueda constituir un elemento que autorice una cuantificación notoriamente disímil respecto de la misma lesión”.

(8) Puede verse el análisis que realizan PIZARRO, Ramón D. - VALLESPINOS, Carlos G., *Tratado de responsabilidad civil*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2017, t. III, págs. 788/790.

(9) CSJN, “Reyes”, cit.

(10) Entre otros, fallos “Rodríguez Pereyra”, “Camargo”, “Ontiveros”, “Aquino” y “Mosca”, citados. La cursiva nos pertenece.

(11) PICASSO, Sebastián, “La Corte Suprema y las cuentas matemáticas para cuantificar la incapacidad sobreviniente. Una relación tortuosa con final feliz”, LL 18/10/2021, 1.

entre otros⁽³⁰⁾. Debe tenerse en cuenta, además, que ha incluido dentro del rubro “incapacidad” al daño psicológico o psíquico⁽³¹⁾, estético⁽³²⁾ y al reclamo de “daño a la salud o biológico”⁽³³⁾.

Sin embargo, ha puesto de relieve que no debe indemnizarse más de una vez cada perjuicio. Por ello, frente a la petición de distintos rubros que se referían a la misma consecuencia dañosa, aclaró que “más allá de la multiplicación impropia de conceptos resarcitorios que se superponen, el reclamo comprende la reparación incapacidad sobreviniente, en sus distintas proyecciones sobre la integridad del sujeto damnificado”⁽³⁴⁾.

En lo relativo al daño moral, la Corte sostuvo que no debe fijarse como un porcentaje del patrimonial y que debe tenerse en cuenta “... el carácter resarcitorio de este rubro, la índole del hecho generador de la responsabilidad y la entidad del sufrimiento causado”⁽³⁵⁾. En varias ocasiones destacó la necesidad de valorar las satisfacciones sustitutivas que genera⁽³⁶⁾, criterio que fue receptado por el Código Civil y Comercial en su artículo 1741, aunque no menciona en concreto cuáles son aquellas que se tienen en cuenta en cada caso, como lo hacen algunos tribunales inferiores.

V. La aplicación de fórmulas matemáticas en la Corte nacional

V.a. Criterios en general

Debe destacarse que el Máximo Tribunal respetó, en términos generales, las pautas de cuantificación que utilizaron los jueces inferiores y solamente modificó los montos cuando advirtió errores concretos en la valoración.

En otras palabras, su análisis se basó en el método que habían tomado como base los tribunales. Si allí las habían aplicado, se mantuvieron, se agregaron otros aspectos o —excepcionalmente— se corrigieron sus parámetros. Cuando no las habían utilizado, fijó los montos recurriendo únicamente a la prudencia judicial. Esto se advirtió en algunos fallos de la década del 80, en los cuales se sostuvo que, en caso de emplear fórmulas, es necesario que en el pronunciamiento se vuelquen los argumentos para el necesario control y oportuno ejercicio del derecho de defensa de las partes⁽³⁷⁾.

La realidad es que en distintos fallos en los que actuó como instancia originaria acudió únicamente a la sana crítica⁽³⁸⁾.

Fallos: 340:660; CSJN, fallos “Molina” (considerando 16) y “Cohen” (considerando 12) citados.

(30) En cambio, rechazó el rubro “privación de uso del propio cuerpo”, al encauzarlo dentro de la integridad psicofísica y el daño estético, destacando además que la privación de uso solamente puede alcanzar a las cosas (CSJN, 20/3/2003, “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 326:847, considerando 11).

(31) CSJN, “Bottino”, cit.; CSJN, “Molina”, cit., considerando 18. En otro supuesto se le reconoció autonomía conceptual, aunque no resarcitoria (CSJN, 20/3/2003, “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 326:847), mientras que en otro caso que se planteó la autonomía consideró que era innecesario debido a que no existían secuelas (CSJN, 11/7/2006, “Bustos, Ramón Roberto c/ La Pampa, Provincia de y otro s/ daños y perjuicios”, B. 853. XXXVI. ORI).

(32) CSJN, fallos “Bottino” y “Coco” citados. En ambos casos, si bien lo consideró como parte de la incapacidad, al no haberse producido secuelas patrimoniales, se valoró dentro del daño moral. En otro supuesto ha sido encuadrado dentro del aspecto patrimonial de la incapacidad (CSJN, 31/8/1999, “Irala Aguayo, Abundio c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa s/ daños y perjuicios”, Fallos: 322:2002). También se ha aclarado que no reviste autonomía (CSJN, 27/5/2003, “Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/ Provincia de La Rioja y otro s/ daños y perjuicios”, S. 36. XXXI. ORI).

(33) CSJN, “Bottino”, cit.

(34) CSJN, “Denenberg”, cit.

(35) Aunque no es lo aconsejable, la experiencia indica que en la mayoría de los tribunales la suma que se otorga por daño moral oscila entre un 20 y 30 % del monto de los daños materiales (lo que fue desechado hace tiempo por el Máximo Tribunal en autos CSJN, 18/8/1987, “Puddu, Julio c. Jorge Sequenza S.A.”, Fallos: 310:1591; en el mismo sentido: CSJN, fallo “Mosca”, cit.).

(36) CSJN, “Baeza”, considerando 11.

(37) Este fue el criterio de la Corte en algunos fallos: CSJN, 7/9/1982, “Martínez, Wenceslao c. SIAM Sociedad Industrial Americana Maquinarias Di Tella Ltda.”, Fallos: 304:1269. Allí sostuvo: “al margen de la idoneidad de la referida fórmula matemática como método para establecer el *quantum* de la indemnización [...] si con ella se buscó fijar una suma que permitiese resarcir un daño caracterizado como la pérdida de la capacidad de ganancia, era indispensable precisar la entidad de ese daño a fin de justificar la proporción entre el mismo y aquella indemnización” (lo que fue reiterado en CSJN, “Puddu” cit.).

(38) CSJN, “Bergerot”, cit.; CSJN, 31/8/1999, “Irala Aguayo, Abundio c/ Tribunal de Cuentas de la Provincia de Formosa s/ daños y perjuicios”, Fallos: 322:2002; CSJN, 26/10/1999, “Pérez, Claudia

Es importante recordar que desde hace tiempo se ha expresado en contra de un criterio monetarista, al destacar que la indemnización no se limita a la capacidad económica de las víctimas o de producir bienes para el trabajo⁽³⁹⁾.

Pareciera dejar de lado la utilización de fórmulas, al señalar que “la cuantificación del daño a la persona ceñida a una aplicación matemática y estricta del porcentual de incapacidad laboral que estiman los médicos en el pleito, convertiría a la delicada tarea del juez en una actividad mecánica, meramente algebraica, incompatible con la imprescindible dimensión valorativa que toda sentencia debe realizar a la hora de ponderar adecuadamente el alcance y la entidad de los intereses lesionados de la víctima”⁽⁴⁰⁾. Sin embargo, debe entenderse en sus justos términos: se expide en contra de una determinación de la incapacidad que valore únicamente el porcentaje brindado por el perito médico, sin tener en cuenta las particularidades de las personas. Tal criterio no es contradictorio con la aplicación de fórmulas matemáticas, sino que se trata de una posibilidad reconocida por parte de quienes reconocen su utilidad⁽⁴¹⁾.

En otros supuestos, si bien ha aludido a la existencia de pautas muy genéricas o falta de fundamentación de los tribunales inferiores al cuantificar, no se ha inclinado por la utilización de fórmulas matemáticas⁽⁴²⁾.

Vb. Fallo “Medina, Sixto L. c. López, Carlos” (1978)

El demandado discutió las pautas plasmadas en la fórmula matemática, en cuanto no se dispuso una tasa de interés constante que descuente los beneficios que podría obtener el actor con el dinero. La Corte hizo lugar a este agravio y sostuvo que “... al fijarse ese monto sobre la sola base de los ingresos que el actor dejará de percibir a raíz de su incapacidad durante el resto de su vida útil, no parece haberse tenido en cuenta que de tal modo aquél recibirá un capital que, aun manteniéndose intangible, puede producir una renta mensual —equivalente v. gr. a un interés del 6% anual— que resulta superior a aquellos ingresos dejados de percibir. Este beneficio excede, sin duda, la finalidad indemnizatoria de la condena, y en esa medida afecta el derecho de propiedad de la demandada”⁽⁴³⁾.

Vc. Fallo “Arostegui” (2008)

Un trabajador reclamaba por la vía civil y el monto de la incapacidad había sido calculado por la alzada mediante la fórmula “Vuoto”⁽⁴⁴⁾. Al tratar el recurso extraordinario, la Corte tuvo en cuenta que la aplicación de fórmulas matemáticas no contempla a la persona en su plenitud y que la vida humana no puede resumirse a términos materiales. Allí explicó que no se trata “de medir en términos monetarios la exclusiva capacidad económica de las víctimas, lo que vendría a instaurar una suerte de justicia compensatoria de las indemnizaciones según el capital de aquellas o según su capacidad de producir bienes económicos con el trabajo, puesto que las manifestaciones del espíritu también integran el valor vital de los hombres”. A pesar de dejar sin efecto el fallo, no se expidió en contra de la utilización de la fórmula, sino que únicamente sostuvo que deben valorarse también otras cuestiones que exceden lo patrimonial⁽⁴⁵⁾.

Marisa c/ Provincia de Entre Ríos y otro s/ daños y perjuicios”, Fallos: 322:2658; CSJN, 20/3/2003, “Mochi, Ermanno y otra c/ Buenos Aires, Provincia de s/ daños y perjuicios”, Fallos: 326:847; CSJN, 27/5/2003, “Sitjá y Balbastro, Juan Ramón c/ Provincia de La Rioja y otro s/ daños y perjuicios”, S. 36. XXXI. ORI; “Camargo” cit.

(39) CSJN, 26/8/1975, “Alfonso de Noya y otros c. Provincia de Buenos Aires”, Fallos: 292:428.

(40) CSJN, “Ontiveros”, cit.
(41) Andrada explica que “... el resultado propio de la aplicación de la fórmula pueda ser matizado, completado y aun corregido por el prudente criterio del juez a condición de que brinde fundamentos bastantes”. Por ello considera necesario que en el pronunciamiento se vuelquen los argumentos para el necesario control y oportuno ejercicio del derecho de defensa de las partes (Andrada, Alejandro, “Indemnización por lesiones”, en *Revista de Derecho de Daños* 2015-2, RC D 867/2017).

(42) Puede verse el análisis de DEPETRIS, Carlos E., “¿Cuánto valen la vida y la integridad psicofísica? La cuantificación del daño a la luz del fallo ‘Grippe’ de la Corte Suprema de Justicia de la Nación”, LL, 18/10/2021, 6.

(43) CSJN, 27/7/1978, “Medina, Sixto L. c. López, Carlos”, Fallos: 300:862; puede verse sobre este aspecto ZAVALA DE GONZÁLEZ - GONZÁLEZ ZAVALA, en ob. cit., t. III, págs. 332/333.

(44) CNTrab., sala III, 16/6/1978, “Vuoto, Dalmero c/ Telefonken Argentina S.A.”.

(45) CSJN, 8/4/2008, “Arostegui, Pablo Martín c/ Omega Aseguradora de Riesgos del Trabajo S.A. y Pametal Peluso y Compañía S.R.L.”, Fallos: 331:570; en el mismo sentido, “Aquino”, votos de los jueces Petracchi y Zaffaroni, Maqueda y Belluscio, y Highton de Nolasco, Fallos: 327:3753. Cabe recordar que esta solución dio lugar a que

Vd. Fallo “Bergerot” (2019)

Se trata del último supuesto en el que la Corte fijó la incapacidad actuando como instancia originaria y lo hizo acudiendo a la sana crítica.

Ve. La cuestión en el fallo “Grippe” (2021)

Picasso ha señalado que en este precedente se habría postulado la necesidad de utilizar fórmulas matemáticas por parte de la Corte. Explica que allí se refiere a la importancia de tomar como referencia parámetros objetivos para evitar valoraciones dispares respecto de un mismo daño sin justificación. Por esta razón, señala el autor que ello implica “... que los jueces no pueden dejar de considerar los cálculos matemáticos a la hora de evaluar los perjuicios derivados de la incapacidad sobreviniente y el corrientemente llamado ‘valor vida’. De este modo, la Corte federal se reconcilia, finalmente, con las fórmulas matemáticas, en parcial consonancia con lo que —por otra parte— resulta ahora de forma expresa del texto del art. 1746 del Código Civil y Comercial”. Sin embargo, luego tiene en cuenta la mención que realiza el Máximo Tribunal al considerarla como “pauta orientadora”, lo que sigue dando lugar a su aplicación discrecional⁽⁴⁶⁾.

Aunque sería positiva tal solución, entendemos que la Corte no sostuvo la *necesidad* de utilizar fórmulas matemáticas, pero sí reconoció su *importancia*. Allí destacó: a) que como principio general no debe recurrirse a ellas; b) su relevancia como un criterio objetivo que constituye una pauta orientadora útil para evitar criterios dispares, y c) la posibilidad de que sean adecuadas por el juez.

No parece apartarse de los criterios que había expuesto con anterioridad⁽⁴⁷⁾.

Lo que sí llama la atención es la falta de referencia al artículo 1746 del Código Civil y Comercial⁽⁴⁸⁾, tanto aquí como en el fallo anterior, a pesar de la difundida discusión sobre su utilización en supuestos anteriores a la sanción del nuevo ordenamiento —que mayoritariamente lo considera aplicable a las consecuencias del hecho—, lo que nos priva de conocer si los criterios expuestos en el fallo se mantendrán⁽⁴⁹⁾.

VI. Conclusiones

Creemos que el propósito de la Corte al tomar la incapacidad como un tercer rubro, más allá de las pérdidas patrimoniales o extrapatrimoniales que pueda generar, tiene que ver con una concepción humanista. Busca evitar que la reparación se reduzca únicamente a lo que la persona tiene como capital o es capaz de producir⁽⁵⁰⁾.

Sin embargo, la utilización de una fórmula matemática no lleva a una visión puramente económica o materialista, sino que solamente se limita a las pérdidas patrimoniales comprendidas en el lucro cesante futuro. Debe tenerse en cuenta: a) que solamente tienen relevancia para determinar el aspecto patrimonial: sirve para calcular las “actividades productivas” y, según la postura adoptada, las “económicamente valorables”; b) en cambio, no son aptas para medir el daño a la vida de relación en su faz extrapatrimonial, lo que debe analizarse en cada caso en concreto; c) tampoco ingresaría en ellas el daño moral considerado como dolor o sufrimiento; y d) los rubros “daño psíquico”, “estético”, “daño al proyecto de vida”, etc., pueden ser contemplados dentro del daño patrimonial o extrapatrimonial (el Máximo Tribunal ha evitado la superposición de indemnizaciones en este punto).

Una prueba clara de la posibilidad de aplicarlas es que en los fallos “Arostegui” o “Grippe” la Corte no se opuso al resultado de la fórmula, aunque sí a la falta de consideración de aquellos aspectos que excedían lo meramente económico.

Queda claro que el problema no es la utilización de un cálculo matemático, sino la falta de atención a otras consecuencias que generan las lesiones físicas o psíquicas. Existe una concepción arraigada a lo patrimonial, en la que se tiene en cuenta principalmente la afectación a bienes económicos claramente cuantificables y se les resta

la sala III de la Cámara Nacional del Trabajo dicte el fallo “Méndez, Alejandro c/ Mylba SA” (DT 2008-658), en el cual flexibilizó algunos aspectos controvertidos en la fórmula “Vuoto”.

(46) PICASSO, ob. cit.

(47) Hemos analizado tales criterios en el apartado II.

(48) En sentido coincidente: PICASSO, ob. cit.

(49) Únicamente en el voto de Lorenzetti hizo referencia a tal disposición.

(50) CSJN, “Arostegui”, cit.

importancia a los demás, que presentan mayores dificultades. Este es el motivo real por el cual la Corte ha debido adecuar las indemnizaciones.

Entendemos que la mejor forma de no caer en reparaciones insuficientes o excesivas es la diferenciación entre las distintas consecuencias que afectan al individuo. La inclusión de múltiples aspectos dentro del concepto “incapacidad” o “daño físico” genera confusiones. En ocasiones no se sabe en qué medida responde a un lucro cesante futuro y cuánto a la vida de relación, pérdida de chances –si las hubiera–, etc. Ello puede provocar, por un lado, que se otorgue una suma ínfima por incapacidad, sin contemplar las actividades recreativas o sociales, más allá de que se las mencione. Por el otro, podría dar lugar a una duplicación de indemnizaciones para el supuesto en que se cuantifiquen los mismos rubros por separado y bajo otra denominación.

Para lograr un buen resultado es notable la importancia de las fórmulas matemáticas: con ellas tendríamos en claro cuál es el monto por las actividades económicas que dejará de realizar el individuo. A partir de allí podría continuarse el análisis con los demás aspectos.

VOCES: DAÑOS Y PERJUICIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - OBLIGACIONES - RESPONSABILIDAD CIVIL - DAÑO MORAL - DAÑO - PÉRDIDA DE CHANCE - LUCRO CESANTE - PERSONAS FÍSICAS - INDEMNIZACIÓN - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - LESIONES - INCAPACIDAD SOBREVINIENTE - GASTOS MÉDICOS

JURISPRUDENCIA

Filiación:

THRA: realización anterior a la vigencia del CCyCN; nacimiento posterior; normativa aplicable; elemento objetivo; consentimiento informado; concepto; función; requisitos; falencias; voluntad procreacional; elemento volitivo; papel preponderante. **Menores:** Ausencia de consentimiento informado: derecho de los hijos.

1 – Ha de analizarse bajo la óptica del Código Civil y Comercial (art. 577) la causa en que se demanda la filiación resultante de un proceso de fertilización asistida realizado en forma conjunta con la demandada y en fecha anterior a la entrada en vigencia del citado ordenamiento legal, puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia del mismo. Ello es así, pues las leyes que crean situaciones nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal. Puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia de este, la cuestión debe ser dilucidada a la luz del art. 577 del CCyCN.

2 – Si bien el art. 562 del CCyCN señala como elemento determinante de la filiación por técnicas humanas de reproducción asistida la existencia del consentimiento previo, libre e informado, no puede dejar de observarse que dicho elemento es la consecuencia material de la existencia de una voluntad procreacional o voluntad parental anterior; es decir que deben existir dos elementos que, si bien se encuentran estrechamente vinculados, presentan distinta naturaleza. Así, podría considerarse a la voluntad procreacional como el elemento subjetivo, mientras que el consentimiento informado constituye su materialización formal, es decir, consiste en el elemento objetivo.

3 – El elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por técnicas humanas de reproducción asistida es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no solo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos. Lo que nadie puede suplir en cada caso concreto para un determinado nacimiento es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja, pues el hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible y, por tanto, la más relevante: sin ella, ese hijo no hubiera nacido.

4 – En la filiación del niño nacido por técnicas humanas de reproducción asistida, la voluntad procreacional adquiere es-

pecial relevancia, que la coloca por encima del elemento biológico; por ello, se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria o voluntad procreacional.

5 – Las técnicas humanas de reproducción asistida han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo.

6 – En el caso de la filiación derivada de técnicas humanas de reproducción asistida, el consentimiento previo, libre e informado –que constituye el elemento material que exterioriza la voluntad procreacional de quienes se someten a tal práctica– es un derecho humano fundamental que consiste en la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual este decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como medicamento aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto.

7 – En el caso de las técnicas humanas de reproducción asistida, el consentimiento informado cumple una doble función: por un lado, constituye un acto personalísimo por el cual el usuario del referido procedimiento decide someterse a él y, por el otro, es el documento formal por el que se instrumenta la voluntad procreacional e instituye la filiación derivada de estas técnicas. Es decir, se trata de un elemento formal que, además de ser previo, libre e informado, debe cumplir con otras características, como ser personal, específico, actualizado, manifiesto o expreso, etc.

8 – Dado que al momento de la práctica del proceso de fertilización asistida no se encontraba aún vigente el Código Civil y Comercial, ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado –por lo cual este requisito no era en ese momento exigible a las usuarias–, mal podría entonces hacerse recaer sobre la peticionante un requisito que no era legalmente exigible a pesar de la existencia de su voluntad procreacional y, en especial, sobre los niños nacidos con posterioridad a la vigencia del referido ordenamiento legal cuya inscripción con doble filiación se pretende. Máxime cuando, antes de la vigencia del Código Civil y Comercial de la Nación, la mayoría de los centros médicos no involucraban –erróneamente– a la pareja mujer de quien se sometía a técnicas de reproducción, en especial cuando esta no aportaba material genético, aunque la voluntad procreacional estaba presente de facto.

9 – Atento que el consentimiento informado es un derecho humano del paciente, formal, específico y, naturalmente, circunstanciado, por lo que debe tener en cuenta las características especiales de la persona sometida a tratamiento y todo lo relativo a ella, debiendo incluso señalarse e informarse a la paciente todo lo concerniente a la filiación que ha de surgir en virtud de este, corresponde concluir que el acompañado a autos –en el que no figura la actora, quien demanda por filiación derivada de técnicas humanas de reproducción asistida–, dadas las importantes falencias que presenta –formulario de adhesión tipo, con espacios en blanco, redactado para ser suscripto por “parejas”– y en virtud de la trascendencia del acto que pretendía respaldar, no ha cumplido adecuadamente esa finalidad, permitiendo incluso presumir la existencia de información allí no contemplada ni consignada.

10 – En el caso particular de las técnicas humanas de reproducción asistida se produce una disociación entre los elementos genético, biológico y volitivo, por lo cual garantizar el derecho a la identidad implica asegurar al niño nacido su verdad genética, biológica y voluntaria. Por ello, en el caso de mantenerse el rechazo de la acción de filiación intentada por estar ausente el consentimiento informado –a pesar de encontrarse acreditada la voluntad procreacional– se estaría afectando el derecho de los niños a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial; extremo este al que debe agregarse su derecho a conocer quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen a saber que han sido deseados por las peticionantes. M.M.F.L.

60.932 – CCiv., Com. y Familia Lomas de Zamora, sala I, febrero 11-2021. – G., E. N. c. Q. S., G. M. s/acciones de reclamación de filiación.

En la ciudad de Lomas de Zamora, en la fecha indicada en la constancia de la firma digital (Ac. SCBA 3971/20 y

3975/20), reunidos en Acuerdo ordinario los señores jueces que integran esta Excma. Cámara de Apelación en lo Civil, Comercial y de Familia, Sala I, del Departamento Judicial Lomas de Zamora, doctores Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño con la presencia del Secretario actuante, se trajo a despacho para dictar sentencia la causa LZ-3951-2017, caratulada: “G. E. N. c/ Q. S. G. M. s/ acciones de reclamación de filiación”; y de conformidad con lo dispuesto por los artículos 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 266 del Código Procesal Civil y Comercial, del mismo Estado, la Excma. Cámara resolvió plantear las siguientes cuestiones:

1ª. ¿Es justa la sentencia dictada?

2ª. ¿Qué corresponde decidir?

Practicado el sorteo de ley (art. 263, última parte, Código Procesal), arrojó el siguiente orden de votación: doctores Carlos Ricardo Igoldi y Javier Alejandro Rodiño.

A la primera cuestión, el Dr. *Carlos Ricardo Igoldi* dice:

I. El señor Juez titular del Juzgado de Familia N° 9 departamental dictó sentencia a fs. 107/110 rechazando la demanda por filiación promovida por la Sra. E. N. G. contra la Sra. G. M. Q. S.

El pronunciamiento fue apelado a fs. 111 por la Asesoría de Incapaces N° 3 de este Departamento Judicial.

Radicadas las presentes actuaciones en esta Sala, con fecha 27 de Mayo de 2020 expresó agravios la Sra. Asesora de Incapaces.

Con fecha 1º de Julio de 2020 se llamó la causa para dictar sentencia por providencia que se encuentra consentida.

II. DE LOS AGRAVIOS

La Titular de la Asesoría de Incapaces Nro. 3 Departamental –en representación de los niños B. Q. S. y G. Q. S.– se agravia de la sentencia dictada por considerar que no se ajusta a la realidad y al interés superior de sus representados.

Disiente con el resultado final al que arribara el sentenciante de grado, considerando que si bien no se cuenta con el consentimiento previo, informado y libre exigido por el ordenamiento legal vigente, la voluntad procreacional ha sido debidamente acreditada con la prueba producida en autos.

Alude que es la voluntad procreacional el elemento determinante de la filiación en los tratamientos de reproducción humana asistida.

Señala que de las constancias de autos se constata el interés, voluntad y participación activa de la accionante en la vida cotidiana de los niños inclusive en los pasos previos a su gestación, por lo que privarla de ejercer el rol parental atentaría contra el interés superior de sus representados.

Pone de relieve que cuestiones de esta índole encuentran especial sustento en el orden público familiar, ponderando el derecho a fundar una familia, a su reconocimiento y protección (art. 17 y 17.2 Convención de los Derechos Humanos, art. 14 CN).

III. ANTECEDENTES DEL CASO

En su hora, se presentó la señora E. N. G. promoviendo demanda de filiación contra la señora G. M. Q., solicitando en consecuencia se reconociera su vínculo filiatorio con relación a los niños B. Q. S. y G. Q. S.

En sustancia, refirió que con la demandada entablaron una relación afectiva desde el año 2002, comenzando a convivir en aparente matrimonio a partir del año 2005. Sostuvo que luego de muchos años de convivencia decidieron tener hijos, comenzando a informarse respecto de las técnicas de reproducción humana asistida.

Indicó que tanto ella como su pareja acudieron al Instituto Médico H. a fin de concebir a sus hijos, afirmando que siempre asistieron a todas las reuniones informativas previas a iniciar el tratamiento, como así también a las consultas indicadas por los médicos intervinientes y que nunca le informaron pese a conocer su relación que tenía que firmar algún tipo de consentimiento.

Corrido el traslado de demanda, la Sra. G. M. Q. S. la contestó allanándose a la pretensión esgrimida por la accionante (vr. fs. 27/28). La Asesoría de Incapaces dictaminó señalando que no resulta procedente el allanamiento formulado, en tanto la pretensión deducida se encuentra estrechamente vinculada con el orden público, por lo que consideraba que debía continuar el trámite de las actuaciones según su estado. Adhirió y ofreció prueba (vr. 31).

Llevada a cabo la totalidad de la prueba ofrecida y celebrada la audiencia de vista de causa se dictó sentencia re-

chazando la acción iniciada, cuestión que viene recurrida ante esta Alzada (vr. fs. 102/103, fs. 107/109).

IV. CUESTIÓN PRELIMINAR

Es sabido que el 1° de agosto de 2015 entró en vigencia el Código Civil y Comercial de la Nación aprobado por la ley 26.994; circunstancia sobreviniente por la cual entiendo necesario formular algunas precisiones acerca de la aplicabilidad de la ley en el tiempo, y cuál de ellas, por consiguiente, será utilizada para resolver el conflicto objeto de autos.

Que en esta tarea, el artículo 7 del ordenamiento vigente dispone que a partir de su entrada en vigencia las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales.

En la especie, llega a este Tribunal de Alzada recurrida la sentencia que rechazara la filiación reclamada por la Sra. E. N. G., resultante de un proceso de fertilización asistida llevada a cabo –según sus dichos– en forma conjunta con la Sra. G. M. Q. S.

En lo que interesa para este punto, corresponde señalar que se aprecia de las constancias reunidas en autos que dicho procedimiento médico fue realizado en forma anterior a la entrada en vigencia de la nueva ley (13/03/2015, fs. 77), aunque sus efectos más relevantes se produjeron con posterioridad, tal como el nacimiento de los niños B. Q. S. y G. Q. S. acontecido el día 13/11/15.

De modo que resulta entonces importante precisar la ley que regirá el caso, pues se trata de una situación jurídica no contemplada en la anterior normativa. Así, explica Kemelmajer de Carlucci que “(...) en opinión de Rubier, las leyes que crean situaciones nuevas, que no existían antes, deben ser asimiladas pura y simplemente a las leyes relativas a la constitución; o sea, rige la ley vigente al momento de la constitución (...) por ser una consecuencia inmediata y una norma procesal, es de aplicación inmediata el art. 577” (Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal Culzoni, Sta. Fe 2015, p. 143). Es decir, que conforme lo señalado, el presente caso ha de analizarse bajo la óptica del nuevo ordenamiento puesto que el nacimiento de los niños se produjo en vigencia del mismo.

V. CONSIDERACIÓN DE LAS QUEJAS

i. Cabe comenzar puntualizando que el artículo el artículo 562 del Código Civil y Comercial establece que “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre en los términos de los artículos 560 y 561, debidamente inscripto en el Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas, con independencia de quién haya aportados los gametos”.

Ahora bien, la normativa introducida por el nuevo digesto señala como elemento determinante de este tipo filial la existencia del consentimiento previo, libre e informado. Sin embargo, no puede dejar de observarse que dicho elemento es la consecuencia material de la existencia de una voluntad procreacional o voluntad parental anterior. Es decir, que en los procesos como el presente deben existir dos elementos, que si bien se encuentran estrechamente vinculados, presentan distinta naturaleza. Así, podríamos considerar a la voluntad procreacional como el elemento subjetivo presente en el proceso de las técnicas de reproducción humana asistida (en adelante TRHA), mientras que el consentimiento informado constituye su materialización formal, es decir, consiste en el elemento objetivo.

En este sentido se ha señalado que el elemento más relevante en la determinación de la filiación del niño nacido por TRHA es el de la voluntad o decisión de que ese ser naciera, no sólo en cuanto causa eficiente última e infungible, sino porque los demás elementos, biológicos, pueden ser sustituidos todos. Lo que nadie puede suplir en cada caso concreto para un determinado nacimiento, es el acto de voluntad en ese sentido de una pareja. El hijo nace por su exclusiva decisión de que nazca, causa suficiente e insustituible, y por tanto, la más relevante: sin ella, ese hijo no hubiera nacido (Rivero Hernández, Francisco, en AA. VV., Comentario del Código Civil, cit. en Técnicas de Reproducción Humana Asistida, Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p. 486).

Es que en este tipo filial, la voluntad procreacional adquiere especial relevancia, que lo coloca por encima del elemento biológico. Por ello, se ha comenzado a hablar de parentalidad voluntaria o voluntad procreacional. “Las TRHA han provocado una nueva vuelta a la verdad voluntaria en la que la filiación ya no se determina por el elemento genético o biológico, sino por el volitivo” (Lamm, Eleonora, La importancia de la voluntad procreacional en la nueva categoría de filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida, Revista de Bioética y Derecho N° 24, enero 2012, Observatori de Bioètica i Dret, Barcelona, ps. 76-91).

Entiendo que en el caso de autos se halla acreditada la voluntad procreacional de la Sra. G. Es que resultan contestes los testimonios obrantes a fs. 102/103 en cuanto al deseo de la pareja conformada por la peticionante y la Sra. Q. S. en ser progenitoras de los niños B. Q. S. y G. Q. S. Así, la testigo C. declaró que las partes son pareja desde hace 13 años y que sabía de sus planes de someterse a las TRHA, agregando que “hicieron dos tratamientos y el tercero le salió bien”. En igual sentido, la testigo B. manifestó que la Sra. G. conocía la realización de este tratamiento y que el mismo formaba parte de un proyecto familiar. Lo mismo fue expuesto por la testigo P.

A su vez, este deseo parental también surge de lo informado por los peritos del equipo técnico del juzgado. Por su parte, la perito psicóloga informó que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. S. habrían presentado un deseo compartido de tener hijos y ambas vendrían desempeñando con los niños de autos los roles parentales” (fs. 82 vta.). A su turno, la trabajadora social señaló que “se infiere que la Sra. G. y la Sra. Q. se encontrarían en pareja hace 13 años encontrándose en la actualidad casadas legalmente. Ambas coinciden en que habrían anhelado formar la familia que hoy conforman” (fs. 85 vta.).

En consecuencia, tengo para mí que del material recabado en los presentes surge claramente que las Sras. G. y Q. S. conforman un vínculo familiar estable y que en las mismas ha existido el deseo y voluntad de tener hijos. Es decir, entiendo que el elemento volitivo ha existido en el proyecto familiar de las peticionantes, lo que me convence de la existencia de la voluntad procreacional necesaria para el tipo filial en estudio.

ii. Ahora bien, presente la voluntad procreacional, resta analizar lo conducente con relación al consentimiento previo, libre e informado. Como he dicho precedentemente, este consentimiento constituye el elemento material que exterioriza la voluntad procreacional de quienes se someten a la práctica de las TRHA. Se trata de un derecho humano fundamental que consiste en “la declaración de voluntad efectuada por un paciente, por la cual éste decide prestar su conformidad y someterse a un procedimiento o intervención quirúrgica, que se le propone como médicamente aconsejable, luego de haber recibido información suficiente al respecto” (Highton, Elena I. y Wierzbza, Sandra M., La relación médico-paciente; el consentimiento informado, Ad-Hoc, Buenos Aires, 2003, p. 1).

Ha de destacarse que en el caso de las TRHA el consentimiento informado cumple una doble función: Por un lado constituye un acto personalísimo por el cual el usuario de la TRHA decide someterse a ella, y por el otro, es el documento formal por el que se instrumenta la voluntad procreacional e instituye la filiación derivada de estas técnicas. Es decir, se trata de un elemento formal que además de ser previo, libre e informado debe cumplir con otras características como son: ser personal, específico, actualizado, manifiesto o expreso, etc.

En cuanto a ello, y en virtud de la asimetría existente en la relación médico-paciente se ha señalado que es el profesional quien debe tener en cuenta las circunstancias de los pacientes, debiendo personalizar la información teniendo una comunicación abierta y sincera. “Lo ideal sería que la personalización genere un consentimiento informado redactado para cada persona en particular con base en su caso concreto y no se trate de un simple formulario preimpreso” (Rodríguez Iturburu, Mariana, “La exteriorización de la voluntad procreacional en la filiación derivada por el uso de las técnicas de reproducción humana asistida a la luz del Código Civil y Comercio de la Nación”, RDF N° 68 (marzo 2015), Abeledo Perrot, p. 136).

En igual sentido se destacó que de conformidad con la ley 14/2006 se exige a los médicos y los responsables de los centros o servicios sanitarios donde se realizan las TRHA informen previamente de las consecuencias de ellas, de sus

NOVEDADES



ÁNGEL MARCELO PAFUNDI

PREVENCIÓN DEL DAÑO: JUSTIFICACIÓN Y MARCO REGULATORIO

El Derecho
2020
235 páginas

Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

posibles resultados, de los riesgos previsibles, así como también de cuantas consideraciones de carácter biológico, jurídico, ético o económico pudieran afectar a los usuarios.

En el caso de autos, la Sra. G. manifestó que en ningún momento se les informó que ella también debía firmar algún tipo de consentimiento (fs. 19 *in fine*). A su turno, el Instituto Médico H. informó que el consentimiento informado para la práctica de tratamiento de reproducción asistida con donación de óvulos y semen fue firmado únicamente por la Sra. Q. S.

En síntesis, el tema a decidir lo constituye el hecho de si teniéndose acreditada la voluntad procreacional, el requisito del consentimiento informado puede ser suplido por la presente.

Y en esta línea cabe recordar que al momento de la práctica (13/03/15) no se encontraba aún vigente el Código Civil y Comercial, ni la exigencia del consentimiento previo, libre e informado, por lo cual este requisito no era, en ese momento, exigible a las usuarias. En este sentido, en un interesante precedente se sostuvo que “ahora bien, este requisito fuente de la filiación por las TRHA, surge a partir del 01.08.2015 y recordemos que la inseminación se realizó el día 24.abril.2015 (doc. 14) mal podría entonces pretendérselos a las Sras. P. y L. que hayan dado cumplimiento con la exigencia del mismo para inscribir a la niña con doble filiación” (Juzg. de Flia. N° 2 de Puerto Madryn, *in re* “L., M. de los Á. y P., A. M. J. s/Medida Autosatisfactiva”, RSD 96, 2016).

Asimismo, la doctrina destaca que es sabido que antes del CCyC la mayoría de los centros médicos no involucraban –erróneamente– a la pareja mujer de quien se sometía a técnicas de reproducción, en especial cuando ésta no aportaba material genético, aunque la voluntad procreacional estaba presente *de facto* (Herrera, Marisa, Técnicas de Reproducción..., ob. cit., Herrera, Marisa (dir.), Rubinzal Culzoni, Sta. Fe, 2018, p. 580).

A ello debe sumarse que, en este caso particular, el consentimiento informado agregado a fs. 68/76 presenta –además– importantes falencias en virtud de la trascendencia del acto que pretendía respaldar. Así, es fácil observar que se trata prácticamente de un formulario de adhesión tipo, con espacios en blanco que no han sido completados, y redactado para ser suscripto por “parejas” sin aclarar en ningún punto cuando lo suscribe una sola persona. A ello ha de agregarse que de la historia clínica acompañada por el mismo centro médico, surge en el detalle de la evolución información sumamente confusa, en cuanto al estado civil de la Sra. Q. S., indicando en alguna oportunidad “sin pareja” (fs. 60) mientras que en otras parecería surgir lo contrario.

Ante ello, y reiterando que el consentimiento informado se trata de un derecho humano del paciente, formal, específico y, naturalmente, circunstanciado, por lo que debe tener en cuenta las características especiales de la persona sometida a tratamiento y todo lo relativo a la misma, debiendo incluso señalarse e informarse a la paciente todo lo concerniente a la filiación que ha de surgir en virtud del mismo; es que entiendo que el genérico agregado en autos no cumplió adecuadamente esa finalidad, permitiendo incluso presumir la existencia de información allí no contemplada ni consignada.

Por lo expuesto, estimo que no puede hacerse recaer sobre la peticionante un requisito que no era legalmente exigi-

ble al momento de iniciarse la práctica a la que fuera sometida –por no encontrarse previsto en la legislación vigente a este tiempo–, ni tampoco, y en especial, sobre los niños B. Q. S. y G. Q. S. las consecuencias derivadas de la inexistencia de un consentimiento real y adecuadamente informado.

III. [sic] Por último, no puede dejar de destacarse que en todo proceso en que se encuentren involucrados intereses de niños, niñas y/o adolescentes, el norte que debe guiar la decisión es su superior interés (art. 3 CDN, art. 3 ley 26.061, art. 4 ley 13.298). Este principio fundamental debe ser entendido como “la máxima satisfacción, integral y simultánea de los derechos y garantías reconocidos” (Conf. art. 3 ley 26.061).

En el tema que nos ocupa, se encuentra en juego el derecho de identidad de los niños B. Q. S. y G. Q. S., por cuanto los mismos merecen poder acceder a la información adecuada sobre su origen. Como es sabido, el derecho a la identidad comprende diversos aspectos de la vida y personalidad del titular, y en tal sentido, se ha señalado que posee una faz estática y una faz dinámica: la primera se refiere al origen genético-biológico de la persona, y la segunda, en cambio, se configura por lo que constituye el patrimonio cultural y vital de la personalidad y su desarrollo histórico-existencial (XVI Jornadas Nacionales de Derecho Civil, Buenos Aires, 25 al 27 de septiembre de 1997, Comisión I).

Se trata de un derecho humano fundamental con reconocimiento convencional (conf. art. 7 CDN) y que en sentido amplio excede al factor biológico. Así se sostiene que “la identidad de una persona no debería reducirse a sus rasgos genéticos pues en ella influyen complejos factores educativos, ambientales y personales, así como los lazos afectivos, sociales, espirituales y culturales de esa persona con otros seres humanos (...)” (UNESCO, Decl. Internacional sobre Datos Humanos (UNESCO, 2003). Aprobada y adoptada en la 32a. Asamblea General de la UNESCO, 16/10/2003).

En el caso particular de las TRHA se produce una disociación entre los elementos genéticos, biológico y volitivo, por lo cual garantizar el derecho a la identidad implica asegurar al niño nacido su verdad genética, biológica y voluntaria.

Por lo expuesto, entiendo que en el caso de mantenerse el rechazo de la acción intentada se estaría afectando el derecho de los niños B. Q. S. y G. Q. S. a poder acceder oportunamente a la información referida a su origen. Es decir, el derecho a saber que han nacido a través de un proceso de reproducción asistida heteróloga y con ello la posibilidad de ejercer su derecho a la información previsto por los arts. 563 y 564 del Código Civil y Comercial. Extremo este al que entiendo, en el caso de autos, se debe agregar su derecho a conocer quienes han ejercido la voluntad procreacional para su concepción y nacimiento, esto es, el derecho que tienen a saber que han sido deseados por las peticionantes.

IV. Por los fundamentos señalados, y si mi voto es compartido, propongo al acuerdo revocar la sentencia apelada en lo que ha sido materia de recurso y agravios, admitir la pretensión deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC.

En base a estas consideraciones, **voto por la negativa**.

A la misma primera cuestión, el Dr. *Javier Alejandro Rodiño*, por consideraciones análogas, adhiere también **voto por la negativa**.

A la segunda cuestión, el Dr. *Carlos Ricardo Igoldi* dice:

Visto el acuerdo logrado al tratar la cuestión que antecede, corresponde revocar la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes. **Así lo voto**.

A la misma segunda cuestión, el Dr. *Javier Alejandro Rodiño*, por compartir fundamentos, **vota en igual sentido**.

En el Acuerdo quedó establecido que la sentencia apelada debe revocarse, admitiendo en consecuencia la de-

manda, con el alcance indicado. Con costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.), difiriendo la regulación de honorarios para su oportunidad.

Por ello, consideraciones del Acuerdo que antecede y citas legales:

I. Revócase la apelada sentencia de fs. 107/109. En consecuencia, hacer lugar a la demanda deducida y declarar el emplazamiento filial de los niños G. Q. S. y B. Q. S. como hijos de E. N. G., procediendo a la inscripción correspondiente, debiéndose adicionar a las partidas de nacimientos el apellido G. y dar cumplimiento con lo dispuesto en el art. 563 del CCyC, a cuyo fin deberán disponerse en la anterior instancia las diligencias conducentes.

II. Impónese las costas de ambas instancias en el orden causado (art. 71 del C.P.C.C.).

III. Difiérase la regulación de los honorarios de los letrados intervinientes para su oportunidad.

Regístrese. Notifíquese electrónicamente (art. 135 del CPCC; art. 11 de la Ac. 3845/17 de la SCBA, t.o. según Ac. 3991/20 de la SCBA). Oportunamente, devuélvase (SCBA, Ac. 3975/20 y Res. 480/20 y ampliatorias). – *Carlos R. Igoldi*. – *Javier A. Rodiño* (Sec.: Germán P. De Cesare).

Desalojo:

Demanda de desalojo por intrusión: rechazo; condición de propietario; acreditación necesaria; mero poseedor; acción posesoria; acción de despojo; dilucidación de controversias sobre el mejor derecho a la posesión.

1 – *Cuando se interpone demanda por intrusión, se debe ser propietario, dado que la obligación de restituir que contempla el art. 676 del CPCC se refiere a quien ha recibido el inmueble en virtud de una relación contractual; por ejemplo, un contrato de locación o de comodato. En estos casos, el actor no necesita demostrar su condición de propietario, dado que el poseedor puede perfectamente ser locador o comodante; solo requiere, en caso de que fuera negado ese vínculo, acreditarlo.*

2 – *Si se intenta el desalojo de una persona que está en el inmueble como mero tenedor, pero el origen es contractual (casero o cuidador de la finca, quien, cesado el vínculo laboral, se niega a restituirla, o una persona que le entregue las llaves a otra para que haga reparaciones o trabajos de pintura mientras está afuera, y aquella no se vaya terminados los trabajos o al regreso del dueño), en estos casos, la ocupación del inmueble se ha iniciado por un vínculo contractual y el demandado tiene obligación de restituirlo. Ellos son los casos en que se genera un derecho o crédito “personal” (art. 724, CCCN), a diferencia del derecho “real”, en que el vínculo es entre la persona y la cosa (art. 1882, CCCN).*

3 – *En el supuesto en que se demanda por intrusión no existen obligaciones “personales” entre las partes y la discusión es acerca de quién tiene derecho sobre la cosa.*

4 – *Cuando quien demanda el desalojo por intrusión es mero poseedor, se debe ser aún más estricto para hacer lugar a su procedencia, porque, en principio, debe recurrir a las acciones posesorias que en el Código de Vélez estaban previstas en los arts. 2468 a 2501 y en particular la de despojo (art. 2490, contemplado como interdicto de recobrar en los arts. 608 a 612 del CPCC de la provincia de Buenos Aires). En el Código Civil y Comercial (aplicable al caso de autos) están contempladas en los arts. 2238 a 2246 y la acción se denomina “acción de despojo” (art. 2241).*

5 – *Si se acciona por desalojo por intrusión invocando la condición de poseedor, en principio, se debe seguir la vía de la acción posesoria, dado que, si se permite lo primero, se impide al demandado oponer la excepción de prescripción anual del art. 2564 del CCCN. Puede accionarse por desalojo, pero se corre el riesgo de que el demandado invoque y acredite prima facie el carácter de poseedor.*

6 – *La posesión no es de buena fe si el sujeto de la relación de poder no conoce o no puede conocer que carece de derecho y en virtud de un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad (art. 1918, CCCN).*

7 – *No es necesaria la calidad de propietario del inmueble para acciones de desalojo por intrusión conforme doctrina de la Suprema Corte de la Provincia de Buenos Aires (del voto del doctor ETCHEGARAY). M.A.R.*

60.933 – CApel.CC Mercedes, sala I, agosto 11-2021. – P., F. c. B., C. R. s/desalojo (excepto por falta de pago).

En la ciudad de Mercedes, Provincia de Buenos Aires, a los 11 días del mes de Agosto de 2021, se reúnen en Acuerdo continuo (Res. SCBA 480/20 y complementarias sobre COVID-19 y Res. del Presidente de esta Sala nro. 28/4/2020) los señores Jueces de la Sala I de la Excm. Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial Mercedes de la Pcia. de Buenos Aires, Dres. Emilio Armando Ibarlucía y Tomás Martín Etcheagaray, en virtud de lo resuelto en el Ac. Extraordinario del 05/07/2021, con la intervención del Auxiliar Letrado actuante, para dictar sentencia en el Expte. N° SI-118732, en los autos: “*P. F. c/ B. C. R. s/ desalojo (excepto por falta de pago)*”.

La Cámara resolvió votar las siguientes cuestiones esenciales de acuerdo con los arts. 168 de la Constitución Provincial y 266 del C.P.C.

1ª) ¿Es justa la sentencia apelada?

2ª) ¿Que pronunciamiento corresponde dictar?

Practicado el sorteo de ley dio el siguiente resultado para la votación: Dres. Emilio A. Ibarlucía y Tomás M. Etcheagaray.

A la primera cuestión planteada, el señor juez Dr. *Emilio A. Ibarlucía* dijo:

I. La sentencia de fecha 27/07/20 es apelada por la demandada, quien expresa agravios en forma electrónica, los que son contestados por igual medio.

II. 1. El sr. F. P. promovió demanda de desalojo por intrusión contra la sra. C. R. B. del lote de terreno ubicado en Comodoro Estanislao del Campo n° ..., entre Sargento Cabral y José Ingenieros de Barrio Parque Argentina, Partido de General Rodríguez, Circ. II, Sec. A, Manz. 38 “B”, Parcela 24.

Dijo que su cónyuge había sido la ocupante originaria del lote, habiendo adquirido la posesión “mediante una causa lícita”, y que él, en su carácter de heredero forzoso, era continuador de la misma, administraba la parcela, pagaba los impuestos y verificaba que se encontrara en buenas condiciones, manteniendo una relación contractual con el sr. M. C., quien se apersonaba para realizar el mantenimiento.

Continuó diciendo que el 22/02/19 pasó por el terreno, observó que se hallaba libre de ocupantes con el pasto crecido, y al decirle al sr. A. éste pasó el 25/02/19 y se encontró con algunas personas que estaban cortando el pasto y no le permitieron el ingreso. Agregó que, enterado de ello por un vecino, su hija se comunicó con el Centro de Operaciones y Monitoreo del Municipio de Gral. Rodríguez, que envió un patrullero, que condujo a él, su hija y los intrusos a la comisaría donde se redactó un acta. Finalmente, el 7/03/19 volvió al lugar y corroboró que los intrusos seguían en el terreno, observando que habían construido una casilla con tarimas de madera, a la que le colocaron una antena satelital y luz eléctrica.

2. Contestó la demanda C. R. B. oponiendo en primer lugar excepción de falta de legitimación pasiva fundada en que desde julio de 2017 se hallaba viviendo en el terreno ubicado en Estanislao del Campo ..., entre José Ingenieros y Sargento Cabral de Barrio Parque Argentina de Gral. Rodríguez. Dijo que junto a J. O., padre de su hijo, ingresaron al lote de manera pacífica, continua e ininterrumpida, dado que se hallaba libre de ocupantes y que estaban construyendo su casa. Dijo que previamente hicieron actos posesorios, como desmalezamiento, alambrado, instalación de luz eléctrica y la defensa y exclusión de terceros. Aclaró que la numeración indicada le fue informada por la empresa prestadora del servicio eléctrico y era la que usaba, por lo que desconocía si se correspondía con la numeración municipal y si coincidía con el lugar señalado por la actora. Para el caso de que hubiera identidad entre ambos, pidió el rechazo de la demanda dado que no era locataria, tenedora precaria o intrusa, y carecía de la obligación de restituir al accionante. Citó jurisprudencia en cuanto a que si el accionado probaba “prima facie” la posesión, no era procedente la acción de desalojo.

En segundo lugar dedujo excepción de falta de legitimación activa fundada en que el actor no había tenido jamás la posesión del bien.

Subsidiariamente contestó la demanda. Luego de negar todos los hechos y documentación invocados, reiteró que ingresó al lote con su esposo e hijo en julio de 2017, rea-

lizó actos posesorios y en septiembre pidió informe de dominio al Registro de la Propiedad, del cual surgieron cinco titulares registrales, quienes, por sus fechas de nacimiento era imposible que estuvieran con vida, razón por la cual afianzaron la posesión con ánimo de dueños y prosiguieron la construcción de la vivienda. Reiteró los actos posesorios ya señalados, agregando que habían pagado la tasa municipal pidiendo el cambio del destinatario. Concluyó que se defendieron del ataque del actor el 26/02/19, lo que derivó en un acta labrada en la comisaría sin resultado para aquel.

3. Corrido traslado de las excepciones y de la documentación al actor, éste contestó pidiendo su rechazo.

Respecto de la falta de legitimación pasiva, dijo que la demandada lo era dado su carácter de intrusa. Respecto de la diferencia de numeración dijo que en el acta labrada en la comisaría la accionada reconoció que su domicilio era en el lote en cuestión, aunque aclaró que eso no podía ser exacto dado que se trataba de un terreno sin construcción como para vivir. Dijo que la defensa de la accionada era contradictoria dado que en el mismo escrito decía que habían tenido que defenderse de terceros, como el actor. Expresó que la demandada tanto al recibir la cédula de notificación de la demanda, como en su escrito refirió distintos domicilios, y en especial que en el ofrecimiento de prueba pidió oficio al Registro de la Propiedad identificando el inmueble con la misma nomenclatura denunciada en la demanda. Observó la prueba documental acompañada por la accionada.

En relación a la falta de legitimación activa, dijo que la carga de la prueba de la posesión recaía en la demandada, y que el objeto del juicio de desalojo no era discutir derechos reales sino la obligación de restituir, y que el actor estaba legitimado activamente por “ser titular de una acción personal” en carácter de poseedor del inmueble y continuador de la posesión que estaba en cabeza de su cónyuge, lo que sí estaba acreditado “prima facie” con la prueba acompañada.

4. Sin resolver ni diferir el tratamiento de las excepciones, el magistrado abrió el juicio a prueba bajo el sistema de “implementación de la oralidad en los procesos de conocimiento civiles” de la S.C.B.A.

5. Cerrado el período probatorio, se dictó sentencia rechazándose en primer lugar las excepciones opuestas, y luego haciéndose lugar a la demanda, con costas.

Respecto de la falta de legitimación activa, dijo el juez que el actor invocaba su condición de poseedor del inmueble, lo cual alcanzaba para ser titular de la misma.

En relación a la falta de legitimación pasiva, expresó que debía resolverse junto al fondo del asunto.

Luego de recordar qué constituía la posesión según el Código Civil y Comercial, como asimismo las pautas de evaluación de la prueba, dijo que de su cotejo en el caso, se concluía que debía prevalecer la configuración de las circunstancias fácticas invocadas por el actor. Señaló que la valoración de las absoluciones de posiciones y declaraciones testimoniales llevadas a cabo en la audiencia de vista de causa, “utilizando el método de la libre interrogación de las partes”, lo conducían a conocer las circunstancias y razones que llevaron al actor al estatus de poseedor del terreno. Señaló que los dichos de los testigos ofrecidos por la accionada, si bien en principio concordantes, eran escasos en precisiones en cuanto al lote objeto de la litis. Destacó contradicciones entre lo declarado por la demandada y lo dicho por los testigos en cuanto a la fecha de ingreso de aquella y respecto de la colocación de alambrados y puerta de ingreso o comunicación con el lote lindero. Por otro lado —señaló— los testigos ofrecidos por la actora habían sido más precisos en cuanto a la posesión del actor y que uno de ellos dijo que en 2018 no había nadie en el lote.

Recordó el juez la jurisprudencia en cuanto a que el demandado debe probar “prima facie” la posesión, lo que no surgía de la prueba producida.

Concluyó que estaba probada la vinculación de hecho de buena fe entre el actor y el lote, y que esa relación de poder fue interrumpida por la accionada al instalar una casilla de madera en circunstancias asimilables a un comportamiento clandestino, lo que asoció con la precaución de que no se exteriorizara la toma de posesión o para que

no llegara a conocimiento de quienes se podrían oponer, todo lo cual conducía a la configuración de la obligación exigible de restituir en favor del actor.

III. En sus agravios, la demandada se queja en primer lugar de la valoración hecha por el juez de la prueba testimonial, ya que habla de las imprecisiones de los testigos acerca del lote en litigio, siendo que ello es lo que condujo a oponer la falta de legitimación pasiva fundada en la discordancia en cuanto a la numeración de la calle donde el mismo se encuentra. Critica especialmente la valoración del conjunto de la prueba hecha en la sentencia.

Dice que en autos estamos ante dos pretensos poseedores, pero ni la actora fue o es poseedora ni ella ocupó u ocupa el lote clandestinamente. Señala que en ninguna parte de la sentencia se destaca la prueba de donde surgiría la calidad de poseedora de la sra. H. T., cónyuge del actor y cuyo nombre no figura en ningún documento aportado ni es nombrada por algún testigo, como que no está demostrado que haya adquirido el bien en forma “lícita”. Concluye que la sentencia ha hecho una absurda valoración de la prueba.

En su contestación el actor defiende la sentencia, con argumentos a los cuales cabe remitirse por razones de brevedad.

IV. Cabe señalar en primer lugar que los agravios no atacan en forma concreta y razonada el rechazo de la excepción de falta de legitimación pasiva opuesta que se fundara en que se trataba la demanda de un lote distinto a la ocupada por la accionada. Ello así porque no alcanza a cumplir las exigencias del art. 260 del C. Procesal la referencia a que la imprecisión de los testigos por ella ofrecidos se corresponde con la confusión en cuanto a la numeración de la calle. Por otro lado, como bien dijera el actor al contestar la excepción, la accionada al ofrecer prueba informativa al Registro de la Propiedad identificó catastralmente el inmueble igual que en la demanda.

Yendo a la cuestión de fondo, destaco que, en principio, cuando se demanda por intrusión se debe ser propietario (S.C.B.A., sent. del 2/07/85, E.D. 117-531, del 1/08/02, L.L.B.A., 2001-1465; esta Sala, causa n° 112.033 del 22/07/08), dado que la obligación de restituir que contempla el art. 676 del C.P.C.C. se refiere a quien ha recibido el inmueble en virtud de una relación contractual; por ejemplo un contrato de locación o de comodato. En estos casos, el actor no necesita demostrar su condición de propietario, dado que el poseedor puede perfectamente ser locador o comodante; sólo requiere, en caso de que fuera negado ese vínculo, acreditarlo. También podría darse el caso de que se intente el desalojo de una persona que está en el inmueble como mero tenedor pero el origen es contractual; es el caso del casero o cuidador de la finca, quien cesado el vínculo laboral, se niega a restituirla. Podría ocurrir también que una persona le entregue las llaves a otra para que haga reparaciones o trabajos de pintura mientras está afuera, y aquella no se vaya terminados los trabajos o al regreso del dueño. Es decir, en estos casos la ocupación del inmueble se ha iniciado por un vínculo contractual y el demandado tiene obligación de restituirlo. Ellos son los casos en que se genera un derecho o crédito “personal” (art. 724 C.C.C.), a diferencia del derecho “real”, en que el vínculo es entre la persona y la cosa (art. 1882 C.C.C.; Alterini, Jorge Horacio y ot. “Tratado de los Derechos Reales”, T. I, Parte General, La Ley, 2018, ps. 20, 50 y ss.). Distinto es el supuesto en que se demanda por intrusión. Aquí no existen obligaciones “personales” entre las partes. La discusión es acerca de quien tiene derecho sobre la cosa.

No obstante, la Corte provincial en forma amplia incluye al poseedor entre quienes tienen legitimación activa para demandar por intrusión (Ac. 43952 S 05/06/1990; Ac. 49122 S 30/06/1992; Ac. 46887 S 08/09/1992; Ac. 56295 S 08/07/1997; C 103177 S 30/03/2011; C 116611 S 07/05/2014, entre otras), aunque cuando se alega el carácter de propietario exige que se acredite fehacientemente (Ac. 83360 S 05/11/2003; Ac. 78132 S 18/07/2001; Ac. 34826 S 27/05/1986, Ac. 34608 S 11/10/1985; CC0001 MO 53006 RSD-24-6 S 09/02/2006, entre otras).

En el caso de autos no se invocó la calidad de propietario sino la de poseedor del inmueble, por lo que debe analizarse si se ha probado el carácter de intrusa de la accio-

nada en la medida en que ella se ha defendido invocando también su carácter de poseedora.

En tal sentido es de recordar que es doctrina inveterada de la casación provincial que en el juicio de desalojo no pueden discutirse derechos posesorios (S.C.B.A., “Ac. y Sent.” 1957-IV, 612; cit. en Morello y otros, “Códigos...”, 1ª ed., vol. VII, pág. 516; Ac. 35.351, Ac. 49.122, Ac. 73.150, Ac. 83.216, entre varias; esta Sala, causa n° 108.562 del 13/05/04, entre otras), ya que en tal caso la vía que debe seguirse es la de la reivindicación (siempre que sea propietario) o la de las acciones posesorias (que pueden deducirlas no sólo los propietarios sino también los poseedores). Ciertamente es que la Suprema Corte ha atemperado el rigorismo de tal solución (que conduce al rechazo de la demanda) diciendo que no basta alegar la condición de poseedor para enervar la acción de desalojo sino que debe probarse “prima facie” (SCBA, “Acuerdos y Sentencias”, 1959-II-632; 1960-IV-335; 1962-II-335; 1966-II-585; 1970-I-135; Ac. 51.078, Ac. 73.150, Ac. 77.887, Ac. 83.216 del 10/09/03, Ac. 83.235 del 2/07/03, C 102.194 del 19/09/07, C 107.959 del 5/10/11; esta Sala, causas n° 88.058 del 14/10/89, y n° 108.562 del 13/05/04, 114.177 del 14/12/12, 115.939 del 26/10/16, 116.163 del 11/04/17, 116.784 del 10/05/18, entre otras), pero adviértase que casi siempre se trata de demandas deducidas por el propietario, a quien, en caso contrario, se lo obligaría a iniciar un nuevo juicio por la vía de la reivindicación, con el desgaste inútil y pérdida de tiempo que ello implica. No obstante, la jurisprudencia acepta que la demanda de desalojo, aun rechazada, interrumpe la prescripción adquisitiva del poseedor (SCBA Acds. 65115 S 09/03/1999, 54399 S 20/11/1996; CC0002 QL 18258 S 31/10/2017; CC0002 SI 59176 RSD-41-93 S 23/03/1993).

A mi modo de ver cuando quien demanda el desalojo por intrusión es meramente poseedor se debe ser aún más estricto para hacer lugar a su procedencia. Ello así porque, en principio, debe recurrir a las acciones posesorias. En el código de Vélez estaban previstas en los arts. 2468 a 2501 y en particular la de despojo (art. 2490), contemplado como interdicto de recobrar en los arts. 608 a 612 del C. Procesal de nuestra provincia). En el Código Civil y Comercial (aplicable al caso de autos) están contempladas en los artículos 2238 a 2246 y la que nos ocupa se denomina “acción de despojo” (Art. 2241).

La diferencia con la acción de desalojo no es una cuestión menor. En primer lugar con el código de Vélez la posesión se perdía cuando había transcurrido más de un año desde el despojo (art. 2456 C.C.). La razón de ser de este artículo era que, siendo la posesión un poder de hecho sobre la cosa debía ejercerse efectivamente; o sea realizar actos posesorios continuos y efectivos, repeliendo cualquier intento de despojo, y se presumía que si ese poder fáctico se había dejado de ejercer (por ir a vivir a otro lado o por no atender y cuidar con actos concretos el terreno) durante un año era porque se había perdido interés sobre el mismo por no necesitarlo. Téngase en cuenta que en su origen reconocer derechos a quien no tenía un título tenía una razón social: priorizar la situación de quien hacía un uso efectivo, sobre todo con la inmensa mayoría de las personas sin vivienda ni lugar donde vivir. Por consiguiente, el poseedor si dejaba transcurrir un año permitiendo que otro ejerciera la posesión del inmueble en forma exclusiva, perdía derechos sobre el inmueble. Para que ello no ocurriera debía deducir dentro del año la acción o interdicto de recuperar la posesión.

El Código Civil y Comercial sancionado en 2014, a mi juicio, ha ido más allá. Ni siquiera establece que se pierda la posesión cuando transcurra un año desde el despojo. Contempla, entre otras causales, que se extingue cuando “otro priva al sujeto de la cosa” (art. 1931 inc. b). ¿Quiere decir esto que la pérdida es instantánea o inmediata en este caso? ¿Cómo se compatibiliza con el art. 2241, que prevé la acción de despojo, o sea, la acción para recuperar la posesión? La respuesta está en el plazo de prescripción de las acciones posesorias, que es de un año (art. 2564 inc. b); o sea el mismo que establecía el art. 2456 del código de Vélez. De ahí que el legislador de 2014 no consideró necesario reiterarlo (Ventura, Gabriel B. “Las defensas posesorias en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación”;



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Primer Director: Jorge S. Fornieles (1961 - 1978)

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES

Atención al cliente: (011) 3988-3256

Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar

Redacción: (011) 4349-0277

www.elderechodigital.com.ar

<https://www.acaderc.org.ar/wpcontent/blogs.dir/55/files/sites/55/2020/02/defensasposesoriasccyc.pdf>.

En cambio, para la acción de desalojo rige el plazo ordinario de prescripción de cinco años (art. 2560). Esto es importante porque si entendemos que el poseedor tiene legitimación para accionar por desalojo contra un intruso se burla el plazo de las acciones posesorias del art. 2564 inc. b) del código (sobre accionar por una vía para burlar un plazo de prescripción especial ver esta Sala, causa n° 118.552 del 06/05/21).

En definitiva: cuando se acciona por desalojo por intrusión invocando la condición de poseedor, en principio, se debe seguir la vía de la acción posesoria, dado que si se permite lo primero se impide al demandado oponer la excepción de prescripción anual del art. 2564 del código de fondo. Puede, conforme a la jurisprudencia de la S.C.B.A., accionarse por desalojo pero se corre el riesgo de que el demandado invoque y acredite “prima facie” el carácter de poseedor.

Es que, como ya se dijo, cuando se enfrentan dos poseedores (“poseedor contra poseedor”) se produce la situación que siempre se ha negado que pueda resolverse en un juicio de desalojo, a la que hicieramos referencia.

Y esto es precisamente el caso de autos. Desde la misma demanda el actor reconoció que no era titular dominial del inmueble. Dijo que su cónyuge (ya fallecida) había sido poseedora “mediante una causa lícita” (sin aclarar cuál) y que él era continuador como heredero forzoso. Nada trajo para acreditar esa “causa lícita”. Al declarar ante el juez –dejando momentáneamente que las “declaraciones” de las partes en audiencias no pueden mejorar los términos de la traba de la litis dado que distorsiona la finalidad de la prueba confesional; esta Sala, causa n° 117.483, “Córdoba c. Transp. La Perlita”, del 15/10/19– dijo que la municipalidad lo había cedido a su esposa en 1992 por 20 años y que se había firmado una “declaración jurada”. Ningún documento se acompañó ni prueba informativa se produjo para acreditar tal aseveración (destaco que ni siquiera se dijo que esos derechos posesorios se hubieran denunciado en la sucesión de la esposa), y además, ¿desde cuándo un intendente puede ceder inmuebles que son registralmente de particulares? Si lo hizo –y ese fue el origen de la posesión del actor– fue tan ilegítimo como si la sra. H. T. hubiera ocupado el inmueble directamente sin anuencia de funcionario público alguno.

Ahora bien, señalo esto porque la sentencia, aceptando la alegación del actor, habla de “vinculación de hecho de buena fe entre el sr. P. y el lote de terreno” (sin explicar por qué lo califica de esa manera), pero lo cierto es que el carácter de poseedor con ánimo de dueño no requiere de buena fe (art. 1909 C.C.C., Alterini, Jorge H., ob. cit., p. 457). Al contrario, en la gran mayoría de los casos la posesión es de mala fe en la medida que se sabe que el terreno ocupado es “de otro” (arts. 1916, 1918, 1919, 1920 y ctes. C.C.C.).

Es cierto que la posesión no es de buena fe si el sujeto de la relación de poder no conoce o no puede conocer que carece de derecho y en virtud de un error de hecho esencial y excusable está persuadido de su legitimidad (art. 1918 C.C.C.), y el sr. P. declaró que el intendente municipal de 1992 le entregó el lote a su esposa. Reitero que las “declaraciones” de las partes no pueden “sumar” hechos que no han sido vertidos en los escritos constitutivos del proceso. Es que si se acepta tal tesisura (violando el Código Procesal y los principios elementales del proceso civil) habría que admitir también –so pena de incurrir en violación del tratamiento igualitario de las partes en el proceso– la “declaración” de la demandada en la audiencia de vista de causa en cuanto a que, luego de pedir un informe de dominio, habló con el intendente quien la autorizó a ocupar el lote (conf. aud. videograbada).

No es una novedad que los intendentes o concejales municipales “entregan” o “autorizan” la ocupación de lotes de terreno abandonados, pero, reitero, no tienen competencia constitucional o legal para hacerlo. En el caso de autos, la alternativa es de hierro: o ambas posesiones

declamadas son de mala fe, o ambas son de buena fe (si se admite que las partes pudieron entender que el intendente tenía atribuciones para autorizarlos a ocupar el lote y se pasa por alto el obstáculo de aceptar “declaraciones” de las partes no alegadas en la traba de la litis).

Por ello está fuera de lugar la contraposición que la sentencia hace entre la posesión del actor y la ocupación de mala fe de la demandada. Por otro lado no se entiende la afirmación de que la ejercida por B. es de ese tipo por deberse a un “comportamiento de índole clandestino”. La clandestinidad es una de las formas de adquirir la posesión (obviamente de mala fe o posesión viciosa, art. 1921 C.C.C.). El sentenciante dice que la clandestinidad se asocia con la precaución de que no se exteriorice la toma de la posesión para que no llegue a conocimiento de terceros. Y me pregunto: ¿cómo no va a llegar a ser conocido por terceros que en un terreno –alambrado o no– haya gente cortando el pasto, instalando una casilla de madera, viviendo ahí (basta ver las fotos para advertir que necesariamente sus ocupantes tienen que circular por afuera), con luz eléctrica, etc.? ¿Acaso los vecinos podrían no ver nada?

Aun admitiendo que el actor probó (por vía de los testigos y con los certificados de fs. 16/17) que era poseedor del lote con anterioridad a que lo ocupara la demandada con su familia, entiendo que ésta también probó “prima facie” su carácter de poseedora. Es cierto que los testigos no fueron muy precisos, pero lo suficiente como para que pueda darse por acreditado que mucho antes de que el actor advirtiera que el terreno estaba ocupado, ella y su familia habían comenzado a ejercer actos posesorios. En todo caso tan imprecisos como los testigos ofrecidos por el actor, que fueron de una gran vaguedad (art. 456 C.P.C.).

En efecto, la audiencia de oralidad se llevó a cabo el 16/12/19 (fs. 109) y la demanda se interpuso el 26/03/19. La testigo A. R. L., vecina de enfrente, dijo que hacía dos años que la demandada vivía ahí, que nadie vivía antes en ese lugar, que no estaba alambrado, que C. lo alambró, que antes era un pastizal, que colocaron una casilla que no tiene baño pero sí luz y que nunca lo había visto a P. La testigo M. R. M., también vecina de enfrente, expresó que C. estaba en el terreno hacía más o menos dos años, que antes no estaba alambrado ni tenía mantenimiento, y que actualmente hay una casilla y el terreno está limpio. Ambas declaraciones son corroboradas por la testigo Z. A. A., quien dijo que vivía a tres cuerdas, que “ese” terreno siempre estuvo baldío, sin alambrado, sin limpieza ni cortado el pasto, que B. hacía dos años que vivía ahí con su marido y su hija, que lo limpiaron, alambraron y pusieron una casilla.

Es cierto que la demandada al declarar dijo que, cuando hacía seis meses que estaba ahí viviendo, “vino un montón de gente”, “el señor con su hija” y le dijeron que saliera del terreno y fueron a la comisaría donde se labró un acta. Si se tiene en cuenta que se refiere al acta de fs. 12, es de fecha 26/02/19, pero al respecto caben dos observaciones. Del contexto de la declaración surge que los seis meses pueden referirse al momento en que se instaló con su familia a vivir en la casilla de madera, y los actos posesorios (alumbramiento, limpieza, corte del pasto) pueden haber sido anteriores. En segundo lugar advierto que ya en septiembre de 2017 pidió informe de dominio sobre la propiedad (fs. 44/50), en mayo de 2018 solicitó informe sobre la deuda municipal (fs. 50/51) y el cambio de destinatario (fs. 52). A su vez, el ticket de EDENOR de fs. 38 es del 17/07/18.

Los testigos ofrecidos por el actor dan cuenta de que a principios de los años 90 habría comenzado a poseer el terreno; dos de ellos (A. y G.) dijeron que lo había alambrado y limpiado pero con gran imprecisión en cuanto al momento y las circunstancias, y que el año pasado vieron que habían ocupado o “usurpado” el terreno. En realidad no se contraponen abiertamente con los dichos de la demandada y los testigos antes mencionados. Las dudas aparecen en relación al comienzo de los actos posesorios de la accionada. Aparentemente lo que ocurrió es que el actor dejó por un tiempo de limpiar el terreno o cortarle el pasto, y la demandada, que vivía en el lote de al lado con

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Resolución 246 de noviembre 30 de 2021 (ANSes) – Seguridad Social. Incremento de los rangos de ingresos del grupo familiar y de los montos de las asignaciones familiares. Incremento (B.O. 2/12/2021).

Resolución 247 de noviembre 30 de 2021 (ANSes) – Seguridad Social. Haber mínimo garantizado vigente a partir del mes de diciembre de 2021 (B.O. 2/12/2021).

Resolución 92 de noviembre 29 de 2021 (INTI) – Automotores. Procedimiento para el reconocimiento de laboratorios de ensayo para la industria automotriz y autopartista para su incorporación a la Red de Laboratorios para la Industria Automotriz. Aprobación (B.O. 2/12/2021).

Legislación de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires

Ley 6461 – Menores. Día para la Prevención del Abuso contra los Niños, Niñas y Adolescentes. Modificación (Sanción: 11/11/2021; Promulgación: 30/11/2021; B.O. 2/12/2021).

su padre, previo a averiguar sobre la titularidad dominial, decidió ocuparlo para vivir, instalando ahí una casilla y obteniendo la instalación de luz eléctrica. Es decir, “privó” al actor de la posesión pasando a poseer ella (art. 1931 inc. b) C.C.C.), lo que entiendo probado “prima facie”.

En estas condiciones, no siendo el desalojo la vía para dilucidar controversias sobre el mejor derecho a la posesión (conforme a jurisprudencia arriba citada), la sentencia apelada debe revocarse, y rechazarse la demanda.

V. COSTAS

Si mi voto es compartido, las costas en ambas instancias deben ser a cargo del accionante vencido (art. 68 C.P.C.).

Voto por la negativa.

A la misma primera cuestión planteada, el señor Juez Dr. *Tomás M. Etchegaray*, dijo:

Adhiero al voto del Dr. Ibarlucía. Solamente dejo a salvo mi opinión en cuanto no es necesaria la calidad de propietario del inmueble para acciones de desalojo por intrusión conforme doctrina de la SCBA y opiniones doctrinarias (Álvarez Alonso, Salvador, “El Desalojo por intrusión, precario, comodato y usucapión”, Abeledo Perrot, 1966, p. 86).

Voto por la negativa.

A la segunda cuestión planteada, el señor juez Dr. *Emilio A. Ibarlucía* dijo:

Visto el acuerdo logrado al votarse la cuestión anterior, el pronunciamiento que corresponde dictar es: Revocar la sentencia apelada y en consecuencia rechazar la demanda promovida, con costas en ambas instancias a la parte actora.

Así lo voto.

El señor juez Dr. *Tomás M. Etchegaray*, por iguales fundamentos y consideraciones a los expuestos por el señor juez preopinante, emite su voto en el mismo sentido.

Y Vistos:

Considerando:

Que en el Acuerdo que precede y en virtud de las citas legales, jurisprudenciales y doctrinales, ha quedado resuelto que la sentencia apelada debe ser **revocada**.

Por ello y demás fundamentos consignados en el acuerdo que precede, *se resuelve*:

Revocar la sentencia apelada y en consecuencia rechazar la demanda promovida, con costas en ambas instancias a la parte actora.

Notifíquese por medios electrónicos (conf. Res. del Presidente de la S.C.B.A. nro. 10/20, Res. S.C.B.A. 480/20 y sus sucesivas prórrogas, Ac. 4013/2021 y Ac. 4023/2021). Y devuélvase. – *Emilio A. Ibarlucía*. – *Tomás M. Etchegaray* (Aux. letrado: Pablo Deluca).