



COLUMNA DE OPINIÓN

## Flexibilizaciones, motivos y circunstancias

Ricardo A. Guibourg (\*)

Siempre sigo las columnas de Jorge W. Peyrano porque, claras y amenas, están llenas de buen sentido procesal. Una reciente, "Tratamiento general de la flexibilidad procesal" (1), me condujo a una reflexión, aún más general, acerca del concepto mismo de flexibilidad.

Empecemos, pues, por buscar su contenido. Según el "Diccionario de la Lengua" de la Real Academia Española, lo flexible es lo que tiene disposición para doblarse fácilmente, o lo "que se adapta con facilidad a la opinión, a la voluntad o a la actitud de otro u otros". Ambas definiciones son perfectamente comprensibles en el lenguaje jurídico: la flexibilidad consiste en abandonar la rigidez normativa, de tal modo que sea posible interpretarla, en las circunstancias del caso, de acuerdo con la opinión, la voluntad o la actitud que el órgano aplicador adopte según sus propios criterios de preferencia, criterios que, individualmente, se identifican con el nombre de justicia o de equidad, aunque otros observadores puedan calificarlos de modos menos amables.

Peyrano, aunque considera la flexibilización procesal como un instituto de excepción, la propone como un "instrumento invalorable para malear rigideces y así contemplar las peculiaridades de la causa". Y concluye: "Flexibilizar es respetar el canon en tanto y en cuanto no se pierda de vista lo que la realidad proclama".

Esta idea, que excede en mucho los límites del derecho procesal para convertirse

CONTINÚA EN PÁGINA 5

# Desafíos que trae el "prosumidor" al derecho de consumo y en particular a la generación eléctrica

Luis D. Barry (\*)

**SUMARIO:** I. Introducción: un nuevo desafío para el derecho de consumo con la aparición del "prosumidor".— II. Las primeras concepciones de prosumidor.— III. Tipos de prosumidores.— IV. Realidad actual vs. prosumidor.— V. El prosumidor en el mercado de generación eléctrica.

→ El régimen de fomento de la autogeneración en la actualidad no colocaría al *prosumidor* autogenerador dentro de una relación de consumo con quien adquiere su producido en exceso. Un cambio en ese régimen podría modificar esta conclusión. Ahora bien, en ese caso no sería aconsejable una modificación que exima a ese prosumidor de una relación de consumo.

### I. Introducción: un nuevo desafío para el derecho de consumo con la aparición del "prosumidor"

La evolución de la sociedad de consumo y la irrupción de nuevas tecnologías, así como de nuevas formas de consumo, nos depararán ingentes desafíos en materia legal.

En efecto, tal como la entonces novedad del derecho de consumo vino a atravesar paulatinamente muchas ramas del derecho, al punto de mostrar su incidencia tanto en el derecho civil como en el derecho comercial, ahora nos enfrentamos a nuevos desafíos.

Parece que no alcanza con haber superado la concepción de las relaciones jurídicas de nuestros Códigos originarios, ahora unificados y simplificados en el Código Civil y Comercial. Este Código no sólo contiene parcialmente al derecho de consumo, sino que

da cuenta de que el derecho de consumo se introdujo en muchas áreas que se mantenían asépticas desde lo legal, pero sobre las cuales la jurisprudencia fue permitiendo cierta permeabilidad (1).

Es que ese Código, como las normas de consumo tal como las conocemos, quizás se vean prontamente superados por nuevas realidades, ante el vertiginoso avance de nuevas formas de consumo y también de producción.

En esa nueva dualidad del consumidor como partícipe de lo que pretende consumir, se puede llegar al punto de convertirse en un productor y crear la ambigüedad de ser un productor-consumidor o "prosumidor", como se lo conoce actualmente.

Estas realidades quizás puedan ser causantes de un nuevo tipo de derecho o la consagración de tratamientos particulares derivados de la irrupción del "prosumidor".

En esa línea, en este artículo exploraremos la irrupción del prosumidor en el derecho de consumo y nos preguntaremos y trataremos de contestar, en términos generales, los desafíos que puede importar, los vacíos que eventualmente podamos notar, la existencia o no de cierta desprotección y en particular su tratamiento en el régimen de generación eléctrica.

### II. Las primeras concepciones de prosumidor

"Prosumidor" o *prosumer* es un término que fue originalmente acuñado en 1980

por Alvin Toffler en su libro "The Third Wave" ("La Tercera Ola").

El término, como podrá advertirse, es una mezcla de las palabras "productor" y "consumidor", originalmente destinado a demarcar el papel activo que desempeñarían los consumidores cuando los productos se personalizaran en masa en el proceso de producción.

Toffler imaginó un mundo en el que los consumidores pudieran alterar el diseño del producto que desean y, por lo tanto, se convertirían en una parte integrada del proceso de desarrollo, pasando de "consumidores" a "prosumidores".

Sin embargo, las evoluciones recientes han introducido nuevas caracterizaciones al término, tal como veremos.

Así, Toffler sostenía en su famosa obra: "Sobre todo, como veremos, la civilización de la Tercera Ola comienza a eliminar la brecha histórica entre productor y consumidor, consagrando la economía del 'prosumidor' del mañana" (2).

En esa línea, se explaya Toffler indicando que, durante la Primera Ola (3), la mayoría de las personas consumían lo que ellas producían. No eran productores ni consumidores en el sentido habitual, sino que eran lo que podría llamarse "prosumidores".

CONTINÚA EN PÁGINA 2

### COLUMNA DE OPINIÓN. Flexibilizaciones, motivos y circunstancias

Ricardo A. Guibourg..... 1

### DOCTRINA. Desafíos que trae el "prosumidor" al derecho de consumo y en particular a la generación eléctrica

Luis D. Barry..... 1

### NOTA A FALLO. La interpretación de un testamento en el cual se instituyó a un legatario con cargo

Lidia B. Hernández y Luis A. Ugarte..... 6

### JURISPRUDENCIA

TESTAMENTO. Legado de cosa cierta con condición suspensiva. Interpretación de la voluntad del causante. Revocación de la sentencia que deja sin efecto un testamento (CS)..... 5

DERECHO A LA SALUD. Cobertura íntegra del tratamiento quirúrgico y reparación biven-tricular a realizarse a favor de un niño en un hospital de Boston, Estados Unidos. Condena

impuesta a la Provincia de Córdoba y al Estado Nacional. Tasa de éxito de cardiocirugías correctivas del 98%. Situación de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física del niño. Ejecución inmediata (CFed. Córdoba) ..... 8

PREVENCIÓN DEL DAÑO. Demanda iniciada por una asociación de consumidores contra una empresa proveedora del servicio de cable, telefonía e Internet. Entrega en soporte físico de los productos a sus clientes. Deber de información. Ausencia de prueba respecto de la conducta antijurídica. Arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial. Rechazo (CNCCom.) ..... 10

LÍMITE AL PAGO DE LAS COSTAS. Inconstitucionalidad del prorrateo previsto en el art. 730 del Código Civil y Comercial. Derecho de propiedad. Carácter alimentario de los honorarios. Invasión de potestades de las provincias. Disidencia (CNCiv.) ..... 10

CONTRATO DE TRABAJO. Despido indirecto injustificado. Injuria. Persecución con motivo de la condición sexual del trabajador. Orfandad probatoria. Rechazo de la demanda (CNTrab.)..... 11

# Desafíos que trae el “prosumidor” al derecho de consumo y en particular a la generación eléctrica

VIENE DE TAPA

Fue la Revolución Industrial la que separó estas dos funciones, dando lugar a lo que nosotros ahora denominamos productores y consumidores.

Es que con la Segunda Ola pasamos de una sociedad agrícola, basada en la “producción para uso” —una economía de prosumidores, por así decirlo—, a una sociedad industrial, basada en la “producción para el intercambio”.

Sin embargo, explica Toffler que la situación real era más complicada.

Allí refiere que la economía históricamente se concentró en la producción, su costo y sus beneficios, pero no tuvo en cuenta todo aquello que permite llegar a esa producción.

En esa línea, explica que una forma más esclarecedora de pensar la economía es considerar que tiene dos sectores. El sector A comprende todo el trabajo no remunerado realizado directamente por las personas para ellas mismas, sus familias o sus comunidades. El sector B comprende toda la producción de bienes o servicios para la venta o el intercambio en el mercado.

Visto de esta manera, ahora podemos decir que, durante la Primera Ola, el sector A, basado en la producción para su consumo, fue enorme, mientras que el sector B fue mínimo. En la Segunda Ola ocurrió lo contrario. En esa ola, la producción de bienes y servicios para el mercado se expandió hasta tal punto que los economistas prácticamente olvidaron la importancia del sector A. La misma palabra “economía” se definió para excluir todas las formas de trabajo o

producción no destinadas al mercado, y el prosumidor se hizo invisible (4), contrariando su etimología griega, que lo relacionaba con los ahorros que se llevaban a cabo en el hogar (5).

Ese trabajo invisible se transforma e incluso monetiza en la Tercera Ola, donde ese sector no considerado por la economía empieza a interactuar con la producción, dando lugar a distintas situaciones y grados de presencia e interrelación del consumo y la producción.

Así, Toffler brinda numerosos ejemplos de consumidores que buscaron y lograron soluciones para sí que luego transformaron en negocios, incluso millonarios (6). Entre ellos menciona en sus entrevistas la creación del *software* Linux, que nace fruto de la disconformidad de su creador con el *software* tradicional y termina siendo un sistema abierto y a disposición de todos, rompiendo con todos los paradigmas del derecho de autor y con la concepción de *software* protegido hasta ese momento.

## III. Tipos de prosumidores

De lo anterior se desprende que Toffler imaginó principalmente un tipo de prosumidor en particular (creo que hoy podemos advertir otras variantes de esa primera generación de prosumidores).

Siguiendo a Toffler, vemos que, en una primera etapa, la humanidad producía para sí, no existiendo prácticamente el intercambio, para luego mutar a una situación donde la producción o la provisión de servicios dentro de la comunidad social o familiar dejaron de ser consideradas, al punto de desaparecer de todo cálculo o concepción en el estudio de la economía.

Luego Toffler aventura que esa concepción de la Primera Ola ahora sí tendrá significación económica. Para ello recurre a distintos ejemplos, que podríamos clasificar del siguiente modo:

— Consumidores que crearon soluciones que pudieron monetizar y desarrollar para brindar a un gran público, al punto de concebir enormes empresas multinacionales. Podemos denominar a este prosumidor “prosumidor productor nato”.

— Consumidores que participan en el servicio que adquieren, incluyendo como ejemplos el *homebanking* o el *self service* que se presenta en distintas actividades. En este caso, lo podemos denominar “prosumidor *do it yourself*”.

— Consumidores que se agrupan por miles o millones para brindar ayuda mutua y acompañarse en sus experiencias y lograr soluciones comunes. Este supuesto lo podemos definir como “prosumidor grupo de autoayuda”.

— Quizás el ejemplo de Linux, que no está en su libro y que luego explicó en sus conferencias, sea un modelo distinto, donde no solo se crea un producto nuevo, sino que también se crea un régimen nuevo y una concepción del trabajo colaborativo no atado a la concepción tradicional del derecho de autor. Finalmente, podemos denominar a este modelo “prosumidor colaborativo”.

A esos ejemplos podemos sumar otros que la realidad actual, en una Tercera Ola más avanzada, nos presenta.

— Un ejemplo es la realidad ya palpable de que los consumidores pueden ser los generadores de la energía que consumen y, aún más, pueden volcar sus excedentes al mercado de distribución eléctrica. Sobre esta clase de prosumidor me explayaré más adelante. Podemos calificar a este prosumidor como “pequeño proveedor”.

— Otro ejemplo es el que se da con la participación cada vez más activa del consumidor en la concepción de nuevos diseños de productos y prestaciones. Este ejemplo se da a veces naturalmente en foros virtuales o provocados por las propias empresas, que invierten en la recolección de información para realizar productos cada vez más *taylor made*. Podemos llamar a este prosumidor “diseñador”.

— Un nuevo ejemplo es el prosumidor *influencer*. En este caso, se trata de un consumidor que alcanza en las redes sociales cierta cantidad de seguidores, y ello le permite ser tendencia en lo que opina y propone. Influye, en definitiva, en la opinión pública, siendo partícipe de lo que se produce como promotor. Podemos denominar este caso “prosumidor *influencer*”.

Una variante similar es la del “bloguero”, que se constituye en generador de noticias o información, veraz o no, y que viene a sustituir a los medios de comunicación. Estos han generado incluso empresas, que terminan formando lo que se denomina *trolls*.

Sin duda, hay otros prosumidores y se agregarán otros modelos a futuro, pero con los descriptos nos basta para este artículo.

En suma, hemos descripto a los siguientes tipos de prosumidores: productor nato,

*do it yourself*, grupo de autoayuda, colaborativo, pequeño proveedor, diseñador e *influencer* o bloguero.

## IV. Realidad actual vs. prosumidor

Con base en la clasificación que realicé (que puede ser mejorada y ampliada), las preguntas que surgen son: ¿Estamos frente a una realidad distinta? ¿Es efectivamente necesario establecer un régimen protectorio nuevo para todos los prosumidores, o para alguno de ellos?

Para ello creo conveniente desentrañar en qué casos estamos ante una situación novedosa y si el derecho de consumo en particular ya contempla soluciones para cada caso. A tal efecto, seguiré la clasificación efectuada y trataré de dar mi visión en cada caso.

Pero antes creo que es necesario comprender el alcance de los conceptos de consumidor y de proveedor que trae nuestra legislación. Es que si nos proponemos verificar si es necesaria una nueva clasificación normativa, primero tenemos que entender cuál es la actual en esta materia.

El concepto de consumidor tuvo sus idas y vueltas (7), pero actualmente el art. 1º de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor regula: “Se considera consumidor a la persona física o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social. Queda equiparado al consumidor quien, sin ser parte de una relación de consumo como consecuencia o en ocasión de ella, adquiere o utiliza bienes o servicios, en forma gratuita u onerosa, como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social”.

En lo que aquí interesa, propongo reparar en el hecho de que la gratuidad o no del acto no lo distingue como de consumo o no consumo. Ambos están alcanzados por la caracterización del consumidor.

El otro aspecto relevante que creo conveniente destacar para nuestro análisis es que constituye el destinatario final del bien o servicio adquirido.

Por su parte, la definición de proveedor prevista en el art. 2º de la citada norma lo caracteriza como sigue: “Es la persona física o jurídica de naturaleza pública o privada, que desarrolla de manera profesional, aun ocasionalmente, actividades de pro-

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Abogado, Universidad de Buenos Aires. Máster en Derecho Empresario, Universidad de San Andrés. Profesor del Programa de Entrenamiento para Abogados del Fores, del Eseade, en la Asociación de Magistrados y Funcionarios de la Justicia Nacional, y de la Maestría en Derecho Administrativo Económico de la Universidad Católica Argentina.

(1) Ello al punto de que prácticamente desapareció el contrato paritario y la defensa del consumidor extendió sus redes o principios a relaciones jurídicas de lo más curiosas. Es más, podemos decir que la defensa del consumidor ha “colonizado” y exterminado otras áreas del derecho, al punto de que ha llevado a algunos autores a sostener que “ha desaparecido”, con un poco de dramatismo o exageración, el derecho comercial, ya que lo único “comercial” que parece mantener el Código —siendo ahora irónicos— es su título. Véase <http://www.favierdu-boisspagnolo.com/trabajos-de-doctrina/la-derogacion-del-derecho-comercial-por-el-nuevo-codigo-civil-apariencia-y-realidad/>. Ese autor aclara que el derecho comercial desapareció como lo conocimos, pero evolucionó con nuevos estándares

(2) Traducción libre de “Above all, as we shall see, Third Wave civilization begins to heal the historic breach between producer and consumer, giving rise to the ‘prosumer’ economics of tomorrow”.

(3) Toffler, en su libro “La Tercera Ola”, se basa en la idea de clasificar la historia de la humanidad en tres fases principales: las revoluciones agrícolas, el surgimiento de la civilización industrial y la civilización. A tal efecto, Toffler había dado un marco de tiempo general para cada fase de la ola. Argumenta que la Primera Ola habría comenzado en algún momento alrededor de 8000 a.C. y terminado en algún momento alrededor de los años 1650-1750. A partir de este momento, la Primera Ola perdió impulso cuando la Segunda Ola surgió con fuerza. La civilización industrial, producto de esta Segunda Ola, dominó a su vez el planeta hasta que también alcanzó su punto culminante. Este último punto de inflexión histórico llegó a los Estados Unidos durante el decenio que comenzó alrededor de 1955.

(4) Toffler explica que esto significaba, por ejemplo, que todo el trabajo no remunerado realizado en el hogar, toda la limpieza, el fregado, la crianza de niños, la organización de la comunidad, fueron despreciados como “no económicos”, aunque el sector B —la economía visible— no podría haber existido sin los bienes y servicios producidos en el sector A.

(5) *Oikonomía*, dirección o administración de una casa, formado de *oikos* —casa— y *nomós* —reglas, leyes, administración—. Inicialmente se refería a la buena administración de la casa; posteriormente se generalizó a cualquier tipo de administración.

(6) Entre esos ejemplos incluye los siguientes: “In Britain in 1970, a Manchester housewife named Katherine Fisher, after suffering for years from a desperate fear of leaving her own home, founded an organization for others with similar phobias. Today that organization, The Phobias Society, has many branches and is one of thousands of new groups cropping up in many of the high-technology nations to help people deal directly with their own problems—psychological, medical, social, or sexual. In Detroit, some 50 ‘bereavement groups’ have sprung up to aid people suffering from grief after the loss of a relative or friend. In Australia an organization called Grow 7 brings together former mental patients and ‘nervous persons’. Grow now has chapters in Hawaii, New Zealand, and Ireland. In 22 States an organization called Parents of Gays and Lesbians is in formation to help those with homosexual children. In Britain, Depressive Associated has some 60 chapters. From Addicts Anonymous and the Black Lung Association to Parents Without Partners and Widow-to-Widow, new groups are forming everywhere [...]. In 1973-74 the oil squeeze triggered by the Arab embargo sent gasoline prices soaring. Giant oil companies reaped bonanza profits, but local filling-station operators had to fight a desperate battle for economic survival. To cut costs many introduced self-service fuel pumps. At first these were an oddity. Newspapers wrote funny feature stories about the motorist who tried to put the fuel hose into the car radiator. Soon, however, the sight of consumers pumping

their own gas became a commonplace [...]. Getting the customer to do part of the job—known to economists as ‘externalizing labor cost’—is scarcely new. That’s what self-service supermarkets are all about. The smiling clerk who knew the stock and went and got it for you was replaced by the push-it-yourself shopping cart. While some customers lamented the good old days of personal service, many liked the new system. They could do their own searching and they wound up paying a few cents less. In effect, they were paying themselves to do the work the clerk had previously done”.

(7) El concepto originario de consumidor comprendía tanto a personas físicas como a jurídicas, exigiendo la contratación a título oneroso para consumo final o beneficio propio o de su grupo familiar. Pero también disponía: “No tendrán el carácter de consumidores o usuarios, quienes adquieran, almacenen, utilicen o consuman bienes o servicios para integrarlos en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”. De este modo, la antigua definición de consumidor se concentra primero en el sujeto, admitiendo tanto personas físicas (actualmente personas humanas) como jurídicas, exigiendo su uso final,

ducción, montaje, creación, construcción, transformación, importación, concesión de marca, distribución y comercialización de bienes y servicios, destinados a consumidores o usuarios. Todo proveedor está obligado al cumplimiento de la presente ley. No están comprendidos en esta ley los servicios de profesionales liberales que requieran para su ejercicio título universitario y matrícula otorgada por colegios profesionales reconocidos oficialmente o autoridad facultada para ello, pero sí la publicidad que se haga de su ofrecimiento”.

En lo que respecta al concepto de proveedor, creo que es necesario destacar en primer lugar que el destinatario final se trata de un consumidor o usuario. Por ello, el concepto de proveedor se ve impregnado y delimitado por la circunstancia de que los bienes o servicios ofrecidos tienen como destinatario final al consumidor.

De este modo, se produce una interrelación entre ambos conceptos que los torna inseparables y sólo comprensibles y definibles en función del otro concepto. Es que se da en rigor la “relación de consumo” que consagra el art. 3º de la ley 24.240, así como el art. 1092 de nuestro Cód. Civ. y Com., que se entiende en función de la interacción de ambos conceptos (8).

En segundo lugar, me detengo en el término “profesionalidad”, porque es la nota distintiva del concepto de proveedor en la Ley de Defensa del Consumidor. Ese aspecto quizás permita delimitar los casos donde el prosumidor se transforma en proveedor.

En este punto, la ley 24.240 se refiere a la actividad profesional, aun cuando se dé de forma ocasional, pero el Código Civil y Comercial se refiere al proveedor que actúa “profesional u ocasionalmente”, que no es lo mismo (9).

Es que la aclaración de la Ley de Defensa del Consumidor sirve para entender que la actividad profesional no está relacionada con la habitualidad; por eso, indica que se presenta el carácter de proveedor aun si la actividad profesional es ocasional.

Por su parte, el Código, al usar la conjunción disyuntiva “u”, termina diferenciando la actividad profesional de la ocasional.

Creo que es relevante, y por eso condené la doble definición legal en la materia que trae aparejada nuestra legislación en la Ley de Defensa del Consumidor y en el Código Civil y Comercial (10). Es que esa distinción entre ambas definiciones de proveedor termina siendo relevante, dado que, en un caso, cuando se trate de una actividad profesional, aun ocasional, termina siendo un proveedor; en cambio, el Código parece distinguir la actividad profesional de la que no lo es, por ser ocasional y, por tanto, no es necesariamente profesional. El Código parece establecer una diferenciación entre lo profesional y lo ocasional, y para la ley sólo

es proveedor quien presta una actividad profesional, no importa si es ocasional o no.

El hecho de que la definición del Código se disponga dentro del capítulo de “Contratos de consumo” no me parece que permita sostener que el legislador intentó una definición de proveedor para contratos de consumo y otra para las restantes relaciones no contractuales.

También aclaro que la gratuidad o no de la actividad no es óbice para distinguir al proveedor. Es que el art. 1º de la Ley de Defensa del Consumidor define al acto de consumo comprendiendo tanto la actividad gratuita como la onerosa.

También en esa línea, el dec. 1798/1994 aclara que “Serán considerados asimismo consumidores o usuarios quienes, en función de una eventual contratación a título oneroso, reciban a título gratuito cosas o servicios (por ejemplo, muestras gratis)”.

Ahora bien, ¿qué sucede cuando la actividad del proveedor es siempre u ocasionalmente gratuita? ¿Es un acto de consumo o una donación?

Por ejemplo, hay fundaciones que brindan bienes o servicios de forma gratuita a destinatarios finales; ¿son entonces proveedores?

Imaginemos una fundación que se dedica a construir casas para entregarlas a familias que carecen de hogar y que constituyen el destinatario final. ¿Esa relación es de consumo?

También hay sociedades comerciales que brindan productos o servicios de forma gratuita, y no como “muestra gratis”, como refiere el dec. 1798/1994, sino como respuesta a un compromiso social. ¿Esa actividad es también de consumo?

En este punto, imaginemos una importante productora de alimentos que dona parte de su producción a gente carenciada. ¿Esa relación es de consumo?

Creo que cabe distinguir si la relación se encuentra alcanzada por el concepto de relación de consumo que traen como novedad la ley y el Código, o por la definición de donación que también contempla el Código en su art. 1542 (11).

Sería necio no considerar que de la sola lectura de ambas definiciones se advierte una enorme cantidad de matices que serán difíciles de distinguir. Por ello, habrá que ver en cada caso qué aspecto prevalece para concluir si estamos en presencia de una relación de consumo o frente a una donación (12).

En esa línea, creo interesante sumar lo resuelto por la Corte en el fallo “Arregui” (13), donde parece sostener, pero no lo indica con total claridad, que la gratuidad u

onerosidad, así como el fin de lucro o no del organizador de un evento musical o deportivo, tienen incidencia en el grado de responsabilidad.

Aclarados hasta cierto punto los conceptos de consumidor y proveedor, necesarios para entender el estado actual de nuestra legislación y su incidencia en las diferentes concepciones de prosumidores, paso a analizarlos uno a uno y a dar mis conclusiones.

Comenzando por el supuesto del productor nato (14), no veo que necesariamente este tipo de prosumidor tenga que tener un trato distinto del que nuestra legislación contempla para el proveedor.

En efecto, el hecho de que haya sido originariamente un consumidor y que desde ese lugar haya desarrollado un producto o servicio para sí, que luego pudo monetizar exitosamente, no lo hace distinto de cualquier emprendedor que desarrolla una idea exitosa.

En efecto, no se advierte razón alguna para que se le brinde desde lo jurídico un régimen protectorio dada su originaria condición de consumidor devenido en productor, que lo colocaría en una situación de preferencia en relación con los restantes productores.

En el otro extremo encontramos al prosumidor denominado *do it yourself* (15). Este tipo de prosumidor nunca deja de ser consumidor, sino que participa en ciertos aspectos de forma colaborativa con el producto final que él mismo adquiere. Por ello, es un prosumidor que termina produciendo sólo para sí, y no en beneficio de otros consumidores.

En rigor, el prosumidor *do it yourself* siempre mantiene su carácter de consumidor. Por ello, y quizás de forma más particular, tiene que estar amparado por el régimen protectorio del consumidor, en especial en todo lo que respecta al derecho a la información, para poder alcanzar el producto o servicio que requiere de su participación para lograr el bien final deseado.

Quizás el prosumidor que denominamos “grupo de autoayuda” en algunos casos se ubica en un lugar equidistante (16). En efecto, este grupo puede presentar diferentes variedades y dimensiones, dependiendo de la profesionalidad que termine brindando el grupo de autoayuda.

Es así que podemos encontrar grupos pequeños de autoayuda, donde no se suele monetizar la actividad y donde el grado de profesionalización de la actividad es muy limitado. En este caso, el grupo de autoayuda difícilmente pueda ser asimilado a un proveedor conforme a la definición que trae nuestra legislación.

Por el contrario, en la medida en que aumenta la profesionalidad del grupo de au-

toayuda, más se parece a un proveedor. En este punto, surge la duda sobre si estamos ante una relación de consumo o ante una relación de donación. Por ello, la monetización o no de la ayuda y su incidencia en el servicio final brindado (dado que la monetización puede ser simbólica y ello no le haría perder el carácter de donación) permitirán caracterizar la relación como de consumo o como donación.

Ello aun atendiendo a que la relación de consumo puede ser gratuita, tal como vimos. En efecto, si bien la gratuidad o no de la relación es de algún modo irrelevante para determinar la existencia o no de una relación de consumo, creo que en este caso sí tiene cierta relevancia, dado que puede cambiar el foco del grupo de autoayuda, pasando a ser una actividad rentada donde el fin de autoayuda cede frente al fin comercial.

En este punto quizás sí sea interesante reforzar desde lo legislativo las diferencias entre el prosumidor autoayuda que cae bajo una relación de consumo y aquel que lo hace bajo una relación de donación.

Yendo ahora al prosumidor colaborativo (17), éste se diferencia del *do it yourself* en que la participación del colaborativo sí puede tener incidencia o beneficiar a otros consumidores. Esto es, sus ideas, sugerencias o colaboración en el producto o servicio en el cual participa o colabora, y quizás adquiera, sí van en beneficio de otros consumidores.

Ahora bien, esa diferencia no provoca que deje de ser un consumidor.

A ello se suma que en algunos casos deja de haber un productor, dado que el producto no tiene dueño intelectual y cada prosumidor lo mejora y adapta a su antojo para su uso.

En tanto el prosumidor use el producto o servicio para su goce personal, no pierde su carácter de prosumidor, pero cuando se da vuelta y lo usa para brindarlo a consumidores, entonces pierde su carácter de consumidor y se puede transformar en productor, en la medida en que se den los elementos de profesionalidad que destacamos más arriba.

En lo que respecta al pequeño productor (18), entiendo que tampoco existiría una diferencia necesaria con el productor nato.

En efecto, el pequeño productor, al igual que el productor nato, fue originariamente un consumidor que mutó a productor. Ahora bien, el tamaño de su empresa no tiene por qué desligarlo de su responsabilidad. No existe elemento alguno que permita considerar que tenga que tener un trato diferenciado respecto de cualquier productor grande o pequeño porque originariamente haya nacido como consumidor.

Por ello, el prosumidor pequeño productor, en la medida en que caiga en una rela-

## { NOTAS }

pero no permitiendo que sea considerado consumidor aquel que los integre en procesos de producción, transformación, comercialización o prestación a terceros.

(8) El art. 1092 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Relación de consumo es el vínculo jurídico entre un proveedor y un consumidor”.

(9) El art. 1093 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Contrato de consumo es el celebrado entre un consumidor o usuario final con una persona humana o jurídica que actúe profesional u ocasionalmente o con una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los bienes o servicios por parte de los consumidores o usuarios, para su uso privado, familiar o social”.

(10) Ver “¿Empresa consumidora?”, RDCO, mayo-junio/2019, p. 779.

(11) El art. 1542 del Cód. Civ. y Com. dispone: “Hay donación cuando una parte se obliga a transferir gratuitamente una cosa a otra, y ésta la acepta”.

(12) A mayor abundamiento, cito a Alejandro Chamatropulos, que en su libro “Estatuto del consumidor comentado”, Ed. La Ley, t. I, p. 68, indica: “Si bien la LDC es amplia en este punto y no hace distinciones entre actos a título gratuito y oneroso, a decir de verdad, no existen, salvo contadísimas excepciones, auténticas liberalidades en las relaciones de consumo. Como bien lo han expresado Luis Carranza Torres y Jorge Rossi, las muestras gratis de productos, los comodatos de artefactos electrónicos, el servicio mismo de televisión abierta no son actos desinteresados. En todos ellos el proveedor obtiene beneficios directa o indirectamente a través de la provisión del bien o servicio en cuestión. No obstan-

te lo dicho, estos autores parecieran dejar una pequeña puerta abierta para que los actos ‘auténticamente gratuitos’ (si es que se puede decir que ellos existen, agrego por mi parte) en los cuales no se espera absolutamente nada del consumidor ni de terceros queden excluidos de la LDC. Esto porque según esta opinión se justifica plenamente la aplicación de la norma consumeril a los actos gratuitos en la medida en que ‘no surja en el caso concreto que la relación entre proveedor y consumidor consiste en una auténtica liberalidad del primero para con el segundo”.

(13) CS, Fallos 340:1940.

(14) Definimos como prosumidor productor nato el supuesto en el cual un consumidor crea soluciones que pudo monetizar y desarrollar para brindar a un gran público, al punto de concebir enormes empresas multina-

cionales.

(15) En este supuesto, se trata de consumidores que participan en el servicio que adquieren, incluyendo los ejemplos del *homebanking* o el *self service* que se presenta en distintas actividades.

(16) El prosumidor grupo de autoayuda se conforma de consumidores que se agrupan por miles o millones para brindar ayuda mutua y acompañarse en sus experiencias y lograr soluciones comunes.

(17) Se trata de la creación de productos o servicios de forma colaborativa, donde muchas veces no hay dueños pero sí muchos creadores, desapareciendo la concepción tradicional de derecho de autor.

(18) Es el pequeño productor que puede tener origen en la comercialización de sus excedentes de autoproducción o no.

ción de consumo, no tiene por qué tener un tratamiento diferente al de otros productos.

No obstante lo anterior, si el prosumidor pequeño productor destina sus productos a otros productores o se encuentra inmerso en una relación donde sólo le puede vender su producto a su proveedor, creo que sí tiene que revestir un tratamiento particular.

Ello se da en el supuesto del prosumidor generador de energía eléctrica que veremos más adelante y que prefiero desarrollar *in extenso* en ese apartado.

Dicho lo anterior, es interesante ver cómo el prosumidor diseñador (19) se asimila al prosumidor *do it yourself*, en tanto es participe en la elaboración o diseño del producto o servicio que adquiere. Pero, a diferencia del prosumidor *do it yourself*, toda la colaboración del prosumidor diseñador es en beneficio de otros consumidores que adquirirán ese mismo producto o servicio.

En este caso, a diferencia del prosumidor colaborativo, existe un productor que monetiza los beneficios que se obtienen de la participación del prosumidor, permitiendo e instando su colaboración para abreviar en las ideas y beneficios que se verifican con la participación de este prosumidor.

No obstante, creo que este prosumidor, cuando brinda un producto o servicio, no persigue un fin de lucro y podría tener un tratamiento particular desde lo legal para delimitar que no es un productor frente a un consumidor, sino un prosumidor diseñador que brinda gratuitamente un producto o servicio a terceros fuera de una relación de consumo.

Por consiguiente, el prosumidor tampoco deja de ser consumidor y el productor no pierde su papel. Por ello, el responsable frente al consumidor sigue siendo siempre el productor, que permite la participación de prosumidores y monetiza las ideas y los beneficios que se obtienen.

Eventualmente podría considerarse alguna forma legal para proteger el valor económico de la colaboración que brinda el prosumidor en el producto final. Pero, sinceramente, preferiría que las reglas en esta materia sean dictadas por el mercado, y no por una supuesta protección al prosumidor. Creo que una protección del prosumidor en esta materia termina matando la espontaneidad de esta relación y el genuino interés colaborativo.

Finalmente, el prosumidor *influencer* o bloguero puede generar una relación de consumo en la medida en que se den los requisitos que enunciábamos para su existencia.

Esto es, la relación del *influencer* y del bloguero con sus seguidores puede ser de consumo si de un lado se encuentran consumidores y del otro un productor que realiza su actividad de forma profesional (aun ocasionalmente), y cuando los destinatarios de esa actividad sean justamente los consumidores.

Así, puede resultar que un *influencer* en particular deba cumplir con las obligaciones propias de un productor cuando emite sus opiniones en la red, brindar la información pertinente a sus seguidores y también cumplir con la normativa de lealtad comercial —que comprende también la normativa de competencia desleal incorporada en el dec. 274/2019—, todo ello en la medida en que su actividad se profesionalice.

Claramente, lo dicho no es una utopía. Si un *influencer* desarrolla y es contratado para brindar opiniones sobre un producto o servicio, no veo por qué debería ser ajeno a las obligaciones que tendría cualquier productor en la materia.

De igual modo, un bloguero puede verse también alcanzado por la responsabilidad que le cabe a todo periodista, si su actividad califica de tal modo.

En cualquier caso, aplica para el *influencer*, particularmente para el bloguero, y en general para todos los prosumidores, la regla del art. 1716 del Cód. Civ. y Com., que dispone: “*Deber de reparar*. La violación del deber de no dañar a otro, o el incumplimiento de una obligación, da lugar a la reparación del daño causado, conforme con las disposiciones de este Código”.

Por consiguiente, más allá del análisis de derecho de consumo aquí efectuado, esta regla aplica tanto a los prosumidores como a todas las personas bajo nuestra legislación.

## V. El prosumidor en el mercado de generación eléctrica

Tras muchas idas y vueltas se sancionó la ley 27.424, que regula el Régimen de Fomento a la Generación Distribuida de Energía Renovable Integrada a la Red Eléctrica Pública. En otras palabras, la citada norma abre la puerta para que pequeños autogeneradores puedan volcar y vender el exceso de producción de energía a la red eléctrica pública.

De este modo, el consumidor de energía eléctrica puede transformarse en generador, deviniendo en un verdadero prosumidor, según analizamos más arriba.

Caracterizamos a este tipo de prosumidor como pequeño productor. Cuando lo analizamos más arriba, hemos advertido que podría requerir un tratamiento particular, en tanto conjuga su carácter de consumidor con el de proveedor de la red eléctrica. Esto es, no se trata de un proveedor que destina sus productos a un consumidor, sino que los destina a la red eléctrica.

Es por ello que en nuestro país tiene una regulación específica, alejada de toda relación de consumo.

Es de destacar que este tipo de prosumidor no se equipara a los restantes generadores que destinan su producido a cualquier posible distribuidor o agente del mercado eléctrico mayorista. En efecto, el régimen legal local fija dos caracterizaciones esenciales, que fueron objeto de largo debate y consideración.

La primera de ellas es que la autogeneración se debe dar a partir de fuentes renovables de energía. Es así que el art. 4º de la ley 27.424 regula que “Todo usuario de la red de distribución tiene derecho a instalar equipamiento para la generación distribuida de energía eléctrica a partir de fuentes renovables hasta una potencia equivalente a la que éste tiene contratada con el distribuidor para su demanda...”.

De allí surge que el Régimen de Fomento descrito no propende a cualquier tipo de generación, sino solamente a la que sea de fuentes renovables, autogeneradas, permitiendo comercializar el exceso. Ello diferencia al prosumidor autogenerador de los restantes generadores de energía eléctrica,

que generan a partir de fuentes renovables o no, no exigiendo que se comercialice la producción en exceso de la necesaria para el consumo individual.

El segundo aspecto a destacar que hace al diseño del sistema se refiere a que se puede inyectar el excedente de producción en la red de distribución.

En esa línea, el art. 5º de la citada ley dispone que “Todo usuario-generador tiene derecho a generar para autoconsumo energía eléctrica a partir de fuentes renovables y a inyectar sus excedentes de energía eléctrica a la red de distribución reuniendo los requisitos técnicos que establezca la reglamentación”.

En otras palabras, el prosumidor autogenerador de energía eléctrica alcanzado por el Régimen de Fomento no le puede vender a cualquier agente, sino sólo al distribuidor al cual esté conectado y de quien originariamente se abastecía antes de ser autogenerador.

Claramente, estos dos aspectos hacen a la esencia del diseño del sistema y estarán íntimamente relacionados con su éxito o fracaso.

En esta línea, el prosumidor autogenerador de energía eléctrica continúa ligado a su distribuidor, requiriendo la regulación que al efecto se ha dictado para determinar la viabilidad de este nuevo agente del mercado eléctrico.

Si bien nuestro país muestra muchas fisuras a la hora de fomentar inversiones y tener certezas sobre los costos y su amortización, luego de dos años de dictada la ley 27.424 es bueno que se haga un balance del régimen descripto para determinar si ha tenido el éxito deseado, si se han alcanzado las metas previstas y si necesita alguna modificación para incrementar el fomento y el estímulo a la autogeneración.

Más allá de ello, volviendo al tema que nos ocupa, se advierte que este tipo de prosumidor difiere de los analizados en el apartado anterior, en tanto no se trataría de un productor parte de una relación de consumo.

En efecto, la relación que se verifica entre el prosumidor autogenerador y el distribuidor que adquiere el producto no es de consumo, sino que se encuentra amparada por el Régimen de Provisión de Energía Eléctrica por parte de autogeneradores regulado por la ley 27.424 y sus normas reglamentarias. Esto es, la naturaleza jurídica de la relación es diferente.

A mayor abundamiento, la empresa distribuidora adquirente de la energía producida por el autogenerador no calificaría como consumidora en esa relación, en tanto no adquiere esa energía como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social, tal como exigen el art. 1º de la ley 24.240 de Defensa del Consumidor y el art. 1092 del Cód. Civ. y Com. (20).

Ahora ello puede cambiar, si se modifica el diseño del actual Régimen de Fomento. En efecto, si el régimen descripto, en lugar de sólo permitir vender el exceso de producción energética al distribuidor de la zona donde se encuentre el autogenerador, también permitiera comercializar ese exceso a otros consumidores de energía, en ese caso sí se verificaría una relación de consumo entre el prosumidor y los adquirentes de energía.

Entonces nos preguntamos: ¿sería necesario, desde la normativa de consumo, realizar algún ajuste que atempere las exigencias previstas para los proveedores en la relación de consumo?

Aun cuando se trate de un pequeño productor de energía, la respuesta pareciera ser la misma que la prevista para el pequeño productor en general. No se advierte por qué razón un pequeño productor tiene que tener un régimen que lo diferencie de cualquier productor. La relación de consumo se verifica de igual modo entre un proveedor y un consumidor.

Frente a ello podría sostenerse que la legislación consumeril viene a salvar las diferencias de fuerza entre el consumidor y el proveedor, buscando balancear las deficiencias de información y de poder de mercado que existen entre ambos. En esa línea, puede sostenerse que en el caso bajo análisis no se verifican esas diferencias, dado que el prosumidor pequeño productor es prácticamente otro consumidor que estaría en una situación paritaria con quien adquiere su excedente de energía.

También podría decirse que la comercialización de energía en cuestión es de pequeños excedentes y que, en rigor, no se trata de una actividad profesional.

Todo ello es realmente valioso e interesante, pero el mismo criterio aplica para el pequeño productor de cualquier cosa, desde el que tiene un pequeño kiosco o comercio hasta el fabricante o proveedor de cualquier tipo de producto.

Si bien es cierto que las relaciones de fuerza pueden ser más equiparables y dar lugar a contratos de tipo más paritario, creo que es difícil delimitar cuándo la producción adquiere tal entidad que llevaría a considerar al proveedor dentro de una relación de consumo, si se deseara establecer límites o escalas.

En rigor, cualquier criterio que se tome es arbitrario. Por ello, creo que es más conveniente considerar que si estamos en presencia de un proveedor que realiza una actividad de tipo “profesional”, como la definimos más arriba, destinada a un consumidor, entonces estamos en presencia de una relación de consumo.

De otro modo, siempre se caerá en arbitrariedades y desinformación al consumidor, dado que no será fácil determinar o anticipar en cada caso cuándo se trata de una relación de consumo o no.

Por otra parte, quitarle el carácter de proveedor bajo una relación de consumo so pretexto de proteger al pequeño productor prosumidor quitará estímulos para su contratación, dado que si el consumidor conoce que se encontrará menos protegido es probable que, ante similares precios, elija al proveedor enmarcado en una relación de consumo, para verse amparado por el régimen consumeril.

En conclusión, el Régimen de Fomento de la autogeneración en la actualidad no colocaría al prosumidor autogenerador dentro de una relación de consumo con quien adquiere su producido en exceso.

Un cambio en ese régimen podría modificar esta conclusión. Ahora bien, en ese caso, considero que no sería aconsejable una modificación que exima a ese prosumidor de una relación de consumo.

Cita on line: AR/DOC/3614/2019

## MÁS INFORMACIÓN

**Wierzbica, Sandra M.**, “Generación distribuida de energías renovables. Reflexiones sobre la figura del “prosumidor”, la prevención de daños y el seguro”, RCyS 2019-V, 3; AR/DOC/821/2019.

## { NOTAS }

(19) Este tipo de prosumidor se compone de los supuestos en los cuales el consumidor participa activamente en la concepción de nuevos diseños de productos

y prestaciones.

(20) Sobre empresa consumidora me explayé en “¿Empresa consumidora?”, ob. cit., p. 779.

## COLUMNA DE OPINIÓN

Flexibilizaciones,  
motivos y circunstancias

## VIENE DE TAPA

en una actitud generalizada en el discurso jurídico de hoy, consiste, pues, en dar por sentadas dos premisas. La primera, que la realidad, por sí misma, proclama o exige ciertas soluciones que acaso la letra de la ley formal no alcance a autorizar. La segunda, que en esos casos es lícito, conveniente y hasta debido apartarse un tanto de la aplicación literal para adaptarse a aquellas exigencias. Se trata, al parecer, de lo que Aristóteles llamaba equidad y proponía aplicar metafóricamente con el uso de la *regla léstica*, un instrumento de medición construido con un plomo muy flexible (propio de la isla de Lesbos), de modo que fuera posible medir con él superficies curvas o sinuosas.

Queda con esto entendido que, aplicada al derecho, la flexibilidad es un reclamo de margen para apartarse del significado literal de las normas; y que, cuando alguien pide flexibilización, lo hace por alguna de estas dos razones: o bien se siente afectado por la ley vigente y desea una modificación favorable a sus intereses (un buen ejemplo de esto son los reclamos empresarios de flexibilizar las leyes laborales, de tal modo que sus garantías se vuelvan menos onerosas para el empleador), o bien aprecia la diversidad de las imprevisibles situaciones a las que la ley debe aplicarse y considera necesario ampliar el margen judicial de discrecionalidad para ponderar sus circunstancias y adaptar a ellas el rigor acaso excesivo de la norma legislada (éste parece ser el caso del artículo disparador de estas reflexiones). Quiero decir con todo esto que si, hipotéticamente, todos estuviéramos conformes con la ley tal como la leemos, y no imagináramos casos en los que pudiésemos disentir moralmente de su aplicación directa, ninguno pediría flexibilidad ni se habría siquiera inventado el concepto (tan problemático) de equidad.

Sentado eso, cabe advertir que el efecto de la flexibilización consiste en ampliar las opciones del sujeto obligado, si se trata de una reducción de los deberes legales, o en ampliar las opciones del magistrado competente, si se trata de abarcar situaciones imprevistas. En el segundo supuesto, especialmente, se busca facilitar la aplicación de soluciones justas (o equitativas) a costa de la seguridad jurídica (o que los sujetos sepan estrictamente a qué atenerse frente a cada conducta que adopten).

Si el primer propósito encaja sencillamente en el ámbito de la discusión política, el segundo plantea varios interrogantes que corresponden al campo de la teoría del derecho, o aun de la filosofía pura y simple.

Uno de ellos es por qué y cómo la realidad, o al menos la parte de ella circunscripta en las circunstancias del caso, reclama alguna adaptación interpretativa del texto legal. Durante milenios los seres humanos se han preguntado eso y han postulado diversas respuestas, englobadas en el campo de la metaética (2). Uno remiten a la voluntad divina, otros al consenso entre los humanos, otros más a las consecuencias felices o infelices de cada acto, y muchos, afirman que todos tenemos una capacidad mental innata para distinguir lo correcto de lo incorrecto. Ninguna de esas posiciones reposa sobre un método objetivo digno de confianza ni explica cómo distintas personas, o distintas culturas, sostienen tan vehementemente normas o principios conflictivos entre sí.

La reflexión precedente incluye notablemente el cómo. El juez examina el caso y advierte que la previsión legal, en su versión literal, no conduce a una solución adecuada (es decir, *justa*) sin una dosis de adaptación interpretativa. ¿Cómo advierte tal cosa? Normalmente, lo que hace es extraer de su propia mente criterios de justicia que se lo indican. Pero ¿quién asegura que esos criterios de su conciencia individual son más correctos que los de otros sujetos —y aun otros magistrados— que aplican un criterio distinto? La imposibilidad de decidir objetivamente este punto queda palmariamente retratada en el hecho de que las divergencias se resuelvan por votación mayoritaria en los tribunales colegiados: ¿yerran los jueces de la minoría? ¿Son, entonces, ineptos, ya que no advierten la verdad de los criterios correctos?

Aun prescindiendo de lo dicho hasta ahora, parecemos dispuestos a aceptar que la flexibilidad es una solución excepcional, ya que el punto de partida para la aplicación de las normas es su lectura lisa y llana, a menos que cierta *energía de justicia* (por así decirlo) nos empuje a apartarnos de ella. Si es así, ¿cuál es la magnitud de energía que debería llevarnos a tal apartamiento? O, en otras palabras, ¿cuál es el umbral de inercia que esa energía debe vencer, o la resistencia que debemos oponerle para no caer en una alegre usurpación del Poder Legislativo? Y, sobre todo, ¿qué límites asignamos a la discrecionalidad, antes de criticarla como arbitrariedad? ¿Existen esos límites en la efectividad del sistema jurídico? En su caso, ¿son objetivos, asequibles a la razón de cualquiera, o requieren que alguien los fije,

acaso en cada proceso concreto? Si nuestra respuesta fuera la última, ¿el poder de la interpretación no estaría limitado sino por otra interpretación de naturaleza semejante, pero contingentemente de sentido inverso?

Por mi parte, creo que ninguna de las preguntas precedentes tiene respuesta certera y confiable. Por el contrario, el hecho de que sea tan perturbador formularlas es una muestra de una tradición filosófica que desde hace milenios se ha adueñado del pensamiento jurídico tanto como preside el pensamiento cotidiano de la mayoría de las personas. A saber, que el magno universo de la realidad tiene dentro de sí un segmento inmaterial, que —entre muchos otros elementos conceptuales, como los de perro y gato— incluye las cualidades de bueno y malo, de justo e injusto; y que todo ese segmento invisible de la realidad puede ser conocido por cualquiera que aplique a ello su intelecto. Conviene advertir aquí que, si esto funcionara en la práctica, casi no tendríamos conflictos morales, jurídicos ni políticos: todo sería como sumar dos más dos, o como verificar la forma y la altura del monumento que se alza en la Plaza de la República.

¿Quiere decir, entonces, que todo reclamo de flexibilidad es absurdo? De ninguna manera: el artículo de Peyrano, por ejemplo, contiene una propuesta sensata y plausible. Lo que puede concluirse de lo que venimos argumentando es que una profundización del análisis del tema puede, y tal vez deba, conducir a una clarificación de motivos y de circunstancias relevantes.

En efecto, si pensamos que la ley debe aplicarse en forma lisa y llana a menos que haya buenas razones para apartarse de su sentido original, lo que queremos implicar es que nos reservamos el derecho de introducir excepciones o modificaciones en el sentido original de la ley, cuando las condiciones del caso así lo aconsejen. Falta aclarar aquí cuáles son las condiciones que nos aconsejan tal cosa y cuánta *energía de justicia* contienen para vencer nuestro umbral de inercia literal. Develar esos misterios nos abriría el camino para un ejercicio racional de la ponderación, procedimiento que todos invocan, pero nadie, ni siquiera Alexy, ha podido explicar. Esta aclaración nunca se formula, y con razón: si supiéramos responder a tal pregunta como previsión de casos futuros, tanto valdría introducir esos criterios excepcionales en la ley misma. Si no lo hacemos, es por reconocimiento de nuestra ignorancia, no solo del futuro de los hechos, sino también de los criterios que a cada uno puedan parecer aplicables a la hora de valorar cómo y cuánto apartarse del texto.

Esa es la base desde la cual empezamos por menospreciar las fórmulas sacramentales, seguimos por flexibilizar la apreciación de las pruebas y los márgenes de interpretación de las leyes (y de la Constitución) y finalmente confiamos nuestra vida, nuestro honor y nuestras fortunas a un sistema de enunciados presidido por principios generales y derechos humanos, tan entrañables como vagos. En otras palabras, confiamos tan poco en la capacidad predictiva del legislador, y tanto en la capacidad cognitiva de los jueces, que sometemos al primero a límites difusos y exigimos a los segundos precisarlos con exactitud en cada caso, con la supuesta ayuda de una virtud metafísica controvertida y más que inasible. De este modo, la flexibilidad no aparece como un pequeño margen de discreción, como habría querido Aristóteles y propone Peyrano, sino como una directiva general en el sentido de buscar la materia antes que la forma, los principios antes que la ley y la justicia antes que la seguridad, como mandan hoy la Constitución y el Código Civil y Comercial.

Todo ese panorama sería digno de festejo si sus fundamentos filosóficos, que he mencionado antes, lo avalaran. Pero es fácil ver cómo los criterios judiciales se muestran distintos (tanto que el sorteo de las causas a los juzgados o salas puede determinar la suerte del proceso) y cómo los mecanismos de unificación (casación, Corte Suprema, plenarios) llegan tarde y poco al mar de pleitos en el que los ciudadanos (actores, demandados, imputados) surgen su suerte personal.

Si tan sólo nos atreviéramos a poner en duda aquellos fundamentos, para advertir que debemos salir por nuestra cuenta del laberinto del que ningún ángel metafísico nos sacará por arriba, podríamos ver el concepto de flexibilidad con otros ojos. No para rechazarlo de plano, porque nuestra ignorancia, que es su fundamento, sigue vigente. Pero sí para intentar penetrar esa ignorancia, en lugar de darla por sentada como condición de la naturaleza humana, y tratar de pensar ordenadamente acerca de los motivos que pueden conducirnos a apartarnos de la interpretación literal, así como de la magnitud de la energía con la que cada motivo puede o debe impulsarnos, dentro de cuáles límites. Nadie lo dirá por nosotros, pero podríamos dejar de fingir que es imposible decirlo. Así, la flexibilidad subsistiría, aunque de manera algo más transparente y, acaso, menos temible para la convivencia social.

Cita on line: AR/DOC/3396/2019

## { NOTAS }

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723) (\*) Doctor en Derecho y Ciencias Sociales (UBA).

Profesor emérito de la UBA. Director de la Maestría en Filosofía del Derecho.

(1) LA LEY del 11/10/2019, p. 1.

(2) Parte de la filosofía que busca precisar el signifi-

cado de palabras como “justo”, “injusto”, “bien” y “mal”, así como del verbo “merecer”.

## NOTA A FALLO

## Testamento

**Legado de cosa cierta con condición suspensiva. Interpretación de la voluntad del causante. Revocación de la sentencia que deja sin efecto un testamento.**

Véase en página 6, Nota a Fallo

**Hechos:** La Corte Suprema de Justicia de la Nación se pronunció respecto de la interpretación de una cláusula testamentaria que instituía un legado con cargo.

1.- La sentencia que dejó sin efecto un testamento público por entender que la legataria no había cumplido con el cargo de cons-

truir una vivienda en el bien legado, es arbitraria, pues si la edificación estaba prevista para que habitara la testadora y esta falleció 17 días después de otorgado el testamento, con la imposibilidad material de cumplir la obligación que ello conlleva, resulta absurda y alejada de las constancias de la causa esa decisión, cuando la obligación principal de cuidado de la causante fue satisfecha según la prueba testifical.

2.- La sentencia que dejó sin efecto un testamento público por entender que la legataria no había cumplido con el cargo impuesto debe ser dejada sin efecto, pues la cláusula examinada —que establecía la obligación de construir una vivienda para que la testadora la habitara y la legataria pudiera

cuidarla hasta su muerte— no fue redactada en términos condicionales y, en caso de duda sobre su alcance, debe juzgarse que sus términos no importan una condición, de conformidad con lo dispuesto por el art. 558 del Cód. Civil vigente al tiempo de la apertura de la sucesión.

3.- La sentencia que dejó sin efecto un testamento público por entender que la legataria no había cumplido con el cargo impuesto es arbitraria, pues de la lectura de la cláusula surge que la intención de la causante era beneficiarla con la transferencia dominial de un inmueble por las atenciones recibidas en vida, sin embargo, para que continuara cuidando de ella hasta su fallecimiento, dispuso que se

construyera una vivienda como elemento facilitador del núcleo de su voluntad de recibir los cuidados pretendidos, que era la obligación principal impuesta como cargo, incumplida por su fallecimiento 17 días después de otorgar el testamento.

122.267 — CS, 16/07/2019. - Martínez, Amelia c. Kerbs, Claudia Marcela s/ exclusión de herencia.

[Cita on line: AR/JUR/23192/2019]

[El fallo *in extenso* puede consultarse en el Diario LA LEY del 07/08/2019, p. 10, en Atención al Cliente, <http://informaciónlegal.com.ar> o en Proview]

# La interpretación de un testamento en el cual se instituyó a un legatario con cargo

Lidia B. Hernández (\*) y Luis A. Ugarte (\*\*)

**SUMARIO:** I. Introducción.— II. El caso.— III. El legado.— IV. Institución *ex re certa*.— V. La interpretación de la voluntad testamentaria.— VI. La interpretación en el caso.— VII. El cargo.— VIII. Diferencias con la condición.— XI. En el caso, el legado impuso un cargo.— X. Acciones de la heredera por incumplimiento del cargo.

## I. Introducción

El fallo que motiva este comentario, dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, resuelve con acierto una intrincada cláusula testamentaria, dejando a salvo la voluntad de la testadora.

Las sentencias dictadas en todas las instancias ordinarias y extraordinarias analizaron en forma divergente la cuestión sometida a juzgamiento, concluyendo la primera instancia con el más Alto Tribunal, que revocó la sentencia de la Cámara de San Isidro.

## II. El caso

Según el dictamen de la procuradora fiscal subrogante ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, de la lectura del testamento resulta: “Tercero: El bien que forma parte de este testamento es el ubicado en la calle B. de este partido de San Fernando [...]. Cuarto: Que instituye como su heredera a C. M. K. [...], con el cargo de construir para ella una vivienda en el fondo de la propiedad la que se constituirá de un dormitorio, cocina comedor, baño, lavadero y de ocuparse de ella como lo ha hecho hasta el momento...”.

La hermana de la testadora interpuso una demanda por exclusión de la herencia contra la legataria beneficiaria del testamento por acto público, porque la carga de edificar impuesta por la testadora no se cumplió. Ésta murió diecisiete días después de testar, aunque quedó acreditado por testigos que la demandada cuidó a la testadora hasta su muerte.

Las partes concordaron en que se trató de un legado de cosa cierta, aunque difieren en cuanto a las consecuencias de la falta de cumplimiento de la carga de edificar una vivienda, si se trató de un cargo o de una condición suspensiva y si el legado quedó sin efecto, al no realizarse la voluntad de la testadora respecto de esa edificación.

En primera instancia, el Juzgado Civil y Comercial N° 12 de San Isidro rechazó la demanda y la Cámara 1ª de Apelaciones en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro revocó la sentencia, sosteniendo que la testadora instituyó un legatario de cosa cierta con condición suspensiva (la edificación), que, cualquiera sea el motivo, no se cumplió. Aplicó el art. 3841 del Cód. Civil, vigente a la fecha de la muerte de la causante.

La Suprema Corte de la provincia de Buenos Aires, por mayoría, no admitió el recurso de inaplicabilidad de ley interpuesto respecto

de la sentencia de Cámara, por lo que la demandada recurrió en queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, la que, con fecha 16/07/2019, revocó el pronunciamiento de la Cámara y confirmó la sentencia de primera instancia que rechazó la demanda.

Cabe reiterar que la testadora falleció durante la vigencia del Código Civil, por lo que los tribunales que intervinieron aplicaron ese cuerpo legal; por ello, si bien al analizar el fallo debemos interpretar esas normas, también nos referiremos a la solución con las disposiciones vigentes.

## III. El legado

Zannoni conceptualiza al legado como la manda testamentaria que tiene por objeto habitualmente (aunque no siempre) una atribución patrimonial que se hace por un título distinto al del heredero. Este último es llamado a adquirir como consecuencia de una vocación legítima o testamentaria la titularidad de las relaciones jurídicas que lo tenían por titular; mientras que el legatario reconoce un llamamiento de otra naturaleza, como simple adquirente de bienes que el testamento del causante le atribuye (1).

De manera que la institución de legatario es un caso de sucesión singular, porque importa la transmisión de bienes individuales del testador.

Si la sucesión universal está referida a cómo se sucede y no a cuánto se sucede, el legado particular importa la adquisición de derechos concretos y determinados derivados de la disposición testamentaria de objetos singulares.

Además, el legado configura una obligación personal del heredero que reconoce su fuente en una liberalidad del causante (2), y las disposiciones legales presuponen la transmisión *ipso iure* del derecho al legatario (3).

Es por esto que el art. 2278, Cód. Civ. y Com., define al legatario como quien recibe un bien particular o un conjunto de ellos, y el art. 2494, Cód. Civ. y Com., dispone que el heredero está obligado a cumplir los legados hechos por el testador conforme a lo dispuesto en este Código sobre las obligaciones en general, excepto disposición expresa en contrario de ese capítulo.

Al referirse al heredero, incluye tanto al heredero universal como al de cuota, porque en este último caso la cuota es neta, es decir que se entrega una vez cumplidas las mandas singulares del testamento.

## IV. Institución *ex re certa*

En el testamento se nombró a C. M. K. como heredera, pero a continuación de indicar que la propiedad objeto de la manda era el bien que formaba parte del acervo y del acto de última voluntad.

Como vimos, la disposición se trató de un legado, instituyendo un sucesor particular llamado en un objeto singular existente en la herencia (4).

No obsta a dicha calificación el hecho de mencionarla como heredera, pues la concordancia de los puntos tercero y cuarto del acto de última voluntad denotan una institución *ex re certa*, o sea que el heredero fue instituido en un bien determinado, resultando así un legatario (arts. 3716, Cód. Civil, y 2487, última parte, Cód. Civ. y Com.).

En este último sentido, esta institución —desconocida, según Bonfante, en el derecho romano primitivo— fue aceptada posteriormente para preservar la validez del testamento, en tanto de la indagación de la voluntad del testador pueda desentrañarse si se lo favoreció solamente con la cosa determinada o se pretendió un llamamiento a la universalidad (5).

## V. La interpretación de la voluntad testamentaria

La liberalidad dispuesta por el testador se transforma en una obligación que no es de cumplimiento voluntario sino coactivo para el heredero, que genera responsabilidad por incumplimiento.

Adquiere relevancia, entonces, el principio contenido en el art. 2470, Cód. Civ. y Com., en cuanto las disposiciones testamentarias deben interpretarse adecuándolas a la voluntad real del causante según el contexto total del acto. Las palabras empleadas deben ser entendidas en el sentido corriente, excepto que surja claro que el testador quiso darles un sentido técnico. Se aplican, en cuanto sean compatibles, las demás reglas de interpretación de los contratos.

Como explica Brebbia, la voluntad vale en la medida en que se la exterioriza, pues para que pueda ser apreciada y valorada por el derecho y produzca los efectos que éste le atribuye debe salir del campo de la conciencia, donde es un mero suceso psicológico interno, y manifestarse, a fin de hacerse cognoscible por otras personas, destinatarios directos o indirectos de dicha exteriorización (6).

En la interpretación del testamento adquiere primacía la voluntad real sobre su declaración, que no es recepticia como en un contrato, sino que se basta a sí misma.

Es que, como se ha expresado, en los actos de última voluntad lo querido por el otorgante sólo tiene por objeto hacer conocer esa voluntad y no propiamente ligarlo a otra persona (7).

En concordancia con lo expresado anteriormente, se decidió judicialmente que en los actos o negocios de última voluntad, donde lo querido por el otorgante sólo tiene por objeto hacer conocer su voluntad —y no propiamente ligarlo a otra persona—, la voluntad interna prevalece, sin excepciones, sobre lo declarado, con tal de que aquélla tenga alguna expresión en la declaración, aunque sea incompleta. Es decir, lo decisivo es lo querido por el testador, aun cuando no haya acertado en su declaración testamentaria (8).

Siendo un pilar del derecho sucesorio el respeto a la voluntad del causante —presunta en la sucesión *ab intestato*, o declarada en la sucesión testamentaria—, adquiere prevalencia en el caso la interpretación del testamento otorgado.

Las cuestiones o dudas que genera la interpretación del testamento o la voluntad interna del testador es materia librada al prudente arbitrio judicial conforme a las particularidades del caso (9).

Para interpretar un testamento debe averiguar el juez cuál fue la verdadera voluntad del causante y discernir claramente el fin económico que éste persiguió para atenerse a él en la interpretación, y no puede entonces existir un sometimiento forzoso al sentido literal de las palabras usadas, aunque naturalmente tampoco cabe prescindir de ellas (10).

A fin de indagar en la intención del testador cabe recurrir a las palabras empleadas y a la apreciación conjunta del testamento, que, como instrumento autónomo, debe bastarse a sí mismo para investigar su voluntad real (11).

Es aconsejable entender las expresiones en función del contenido de todo el testamento, de manera que disipen las aparentes contradicciones o resulten, al menos, conciliables. Sólo si los esfuerzos de armonización se agotaron, la contradicción fuera invencible o las dudas insalvables, entonces sería admisible dejar sin efecto la disposición en litigio, desde que en esta materia se debe estar al principio de la conservación del acto (12).

## VI. La interpretación en el caso

Aunque parece una obviedad, pero no lo es en la interpretación de nuestro caso, el legado es una disposición de última voluntad que adquiere eficacia después de la muerte del testador. De allí que entre los caracteres del legado se ha señalado que se debe tratar de una disposición por causa de muerte revestida de forma testamentaria.

Ello resulta interesante, como se verá, pues en el testamento la testadora impuso a la legataria una carga a su favor para ser cumplida durante su vida, esto es, antes de su fallecimiento.

En tal sentido, el cargo de construir una vivienda parece una obligación accesoria a la entrega del legado, de ejecución que podría

## { NOTAS }

### Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(\*) Doctora en Derecho de la (UBA). Titular de la materia Derecho de Familia y Sucesiones en la Facultad de Derecho de la (UBA) y Directora de la maestría de Derecho de Familia, Infancia y Adolescencia. Profesora de posgrado en (UBA) y (UCA). Exjefe de primera instancia e integrante de la Cámara Nacional en lo Civil.

(\*\*) Abogado (UBA) y Doctor en Ciencias Jurídicas (UCA). Profesor Titular Ordinario de Derecho de Familia y Sucesiones (UBA y UADE). Director de la Ca-

rrera de Especialización en Derecho de Familia (UBA). Profesor de la Maestría en Derecho Patrimonial, de la Universidad Católica Argentina (U.C.A.) y en cursos de posgrado en la Universidad Notarial Argentina (UNA).

(1) ZANNONI, Eduardo A., “Derecho de las sucesiones”, Ed. Astrea, 4ª ed., t. 2, p. 493, nro. 1330.

(2) CNCiv., sala D, 22/09/1981, LA LEY, 1983-A, 584, jur. agrup. 4921; *id.*, 22/06/1984, LA LEY, 1984-A, 358.

(3) CNCiv., sala G, 17/03/1982, Rep. LA LEY, XXXIX-J-Z, 2168, sum. 261.

(4) MAFFÍA, Jorge O., “Tratado de las sucesiones”, Ed. Abeledo Perrot, 3ª ed., t. II, p. 1348, nro. 1304.

(5) BONFANTE, Piero, “Instituciones del derecho romano”, Ed. Reus, Madrid, 1965, 4ª ed., p. 602, citado en HERNÁNDEZ, Lidia B. - UGARTE, Luis A., “Régimen jurídico de los testamentos”, Ed. Ad-Hoc, Buenos Aires, 2005, p. 388, nota 52.

(6) BREBBIA, Roberto H., “Hechos y actos jurídicos”, Ed. Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 195.

(7) ORGAZ, Alfredo, “El acto o negocio jurídico”,

LA LEY, 68-871.

(8) CNCiv., sala A, 24/03/1998, “Lombardo, Francisca s/ suc.”, LA LEY, 1998-C, 547.

(9) FASSI, Santiago C., “Tratado de los testamentos”, Astrea, Buenos Aires, 1970, t. I, p. 236.

(10) CNCiv., sala C, 30/08/1977, “Leloir de Acosta, C.”, LA LEY, 1979-B, 671, 35.041-s.

(11) CNCiv., sala G, ED 94-386; sala C, JA 1956-III-510; sala B, JA 1954-IV-192.

(12) FASSI, Santiago C., “Tratado de los testamen-

quedar postergada a la muerte de la testadora y eficacia del acto de última voluntad. Al no fijar el plazo de esa construcción, los herederos obligados al pago de la manda podrían solicitar su determinación judicial. Pero, en cambio, la expresión “de ocuparse de ella como lo ha hecho hasta el momento” genera dudas sobre esta evaluación, pues si se venía ocupando, como lo reconoció la testadora en su testamento, continuar haciéndolo parece, más que un hecho futuro e incierto, una circunstancia a evaluar al tiempo de la muerte, desconocida por la testadora, que constituye más una suposición y no una condición.

Fassi explica que la suposición tiene lugar cuando el testador supedita la disposición a un hecho que ignora pero que ya ha sucedido y que por tanto no es ni incierto ni futuro. Como si dijera: “Lego mi biblioteca a Juan si es realmente doctor en ciencias naturales”. De todos modos, la suposición entraña consecuencias análogas a la condición, y así, comprobado el hecho del que se hace depender la adquisición del derecho, la disposición funcionará como pura y simple. Si el hecho no ha tenido lugar, se extinguirá el derecho (13).

Esto último, a nuestro criterio, tiene relevancia en la interpretación de la cláusula testamentaria y su modalidad; es por ello que no compartimos la afirmación de la Cámara de San Isidro cuando dice: “Se desprende de este contexto que lo sustancial de la voluntad de la disponente no fue beneficiar sin más a su legataria, sino asegurarse a través de la liberalidad —legado de un inmueble— que ésta se ocuparía en el futuro de la propia causante”.

En esta sentencia se postuló, entonces, que la voluntad de la testadora no fue un puro beneficio, sino asegurar la continuidad de los cuidados.

Esto último resulta imposible de lograr con un testamento, aunque tal vez pudo hacerse con una donación con cargo u otro contrato.

Decimos que es imposible de lograr por vía testamentaria, porque obligar a ocuparse de la atención personal a cambio de un inmueble supone un pacto, que, si tiene en cuenta una sucesión futura, será un pacto sucesorio prohibido (arts. 1175, Cód. Civil, y 1010, primera parte, Cód. Civ. y Com.).

Por otra parte, si se tuvo en miras la construcción a encarar desde el mismo momento de otorgar el acto, con el premio de la entrega de la propiedad, en todo caso debió acudir a una donación de nuda propiedad con el cargo de la edificación. La obligación de hacer que constituye la carga puede beneficiar a la misma testadora, pero no —como en el caso— para requerir que la obligación se cumpla durante su vida. Ello excede y en todo caso no tipifica la disposición de última voluntad.

## VII. El cargo

El art. 354, Cód. Civ. y Com., define al cargo como una obligación accesoria impuesta al adquirente de un derecho, y el art. 357 dispone que la estipulación como cargo en los actos jurídicos de hechos que no pueden serlo como condición se tiene por no escrita, pero no provoca la nulidad del acto.

Refiriéndose a la sucesión testamentaria, Puig Peña la define como aquella carga que el testador impone al heredero o legatario para que aplique todo o parte de la ventaja patrimonial a cierto fin de condición o naturaleza lícita.

También para el cargo se aplican los principios generales, y así pueden distinguirse los siguientes caracteres: 1) impone una obligación, por lo que su cumplimiento puede ser coercitivamente exigido; 2) la obligación es excepcional, en el sentido de que se trata de una obligación que no deriva normalmente del acto jurídico. Por ejemplo, si al legado se impone la obligación de edificar una capilla a favor del alma del testador. La obligación puede referirse al empleo o destino que debe darse a la cosa transmitida o puede también consistir en una prestación cualquiera; 3) el cargo se impone al adquirente de un derecho, en nuestra materia, al heredero o al legatario.

El cargo puede ser impuesto en interés del mismo testador, en interés del mismo heredero o legatario o en interés de un tercero.

Incluso puede ser impuesto un cargo al beneficiario del cargo. Fassi ejemplifica indicando que ello ocurriría si se dejara la herencia a Juan con cargo de pasar una pensión a “Pedro”, con el cargo de que éste cuide la tumba del testador.

El cargo puede instituirse en beneficio del testador, del gravado o de un tercero. Es a beneficio del testador cuando consiste en la celebración de misas o la erección de un monumento (14).

Como vemos, si bien el cargo puede ser impuesto en beneficio del mismo testador, también debe serlo para ser efectivamente cumplido después de su muerte. De allí que se dé como ejemplo que se imponga a favor del alma del testador, previsto en el art. 3722, Cód. Civil. Hoy el art. 2485, Cód. Civ. y Com., conceptualiza la institución a favor del alma del testador como hecha a la autoridad superior de la religión a la que pertenece el testador, con cargo de aplicar los bienes a sufragios y fines de asistencia social. En el caso, se llega al absurdo de considerar como condición aquello que debía cumplirse en vida de la testadora, como imponer que se la cuide mediante un acto que adquiere eficacia después de la muerte, lo que se aleja del concepto de legado.

## VIII. Diferencias con la condición

Vélez, en la nota al art. 558 del Cód. Civil, marcaba las diferencias entre el cargo y la condición. Decía el Codificador: “La distinción entre el modo y la condición puede reducirse a lo siguiente: la condición es suspensiva pero no coercitiva. El modo es coercitivo, pero no suspensivo. Así el modo no impide la adquisición del derecho, y no expone al peligro de una pérdida total. El goce del derecho se obtiene dando caución, y sin ejecutar el acto. Si el acto se hace imposible, la imposibilidad no trae ningún perjuicio. Por lo tanto, la distinción entre estas dos formas, tiene una gran importancia. Siempre debe buscarse para fijar si es la una o la otra, la intención verdadera de la gente, en la apreciación de las circunstancias. Si la intención es dudosa, el ‘modo’ como restricción menor debe admitirse con preferencia a la condición”.

Como vimos, la condición subordina la adquisición o resolución de un derecho, según sea suspensiva o resolutoria, a un hecho futuro e incierto. Si el hecho ya hubiese ocurrido y fuera desconocido por el disponente, sería una suposición. En cambio, en el cargo se impone una obligación accesoria al derecho que se transmite, sea de dar, de hacer o de no hacer. De allí que no aparece difícil la distinción, principalmente la destacada por el Codificador, en cuanto en el cargo puede exigirse el cumplimiento de la obligación y no en la condición.

Sin embargo, en muchos casos se suscitan dudas sobre si la intención del testador ha sido modalizar con una condición o con un cargo.

Siguiendo al mismo Vélez, debe estarse a la intención del testador y, en caso de duda, antes el art. 558 del Cód. Civil y actualmente será de aplicación el art. 354 del Cód. Civ. y Com., juzgándose que no importa una condición, sino un cargo.

Como se sostiene en la nota al art. 558, Cód. Civil, la inejecución del cargo faculta al legitimado a reclamar su cumplimiento, y he aquí la principal diferencia con la condición. No obstante, si el hecho impuesto como condición es una obligación impuesta al beneficiario del derecho, puede resultar difícil la diferencia. Cabe recordar que, de acuerdo con los principios generales, en tal caso, el hecho impuesto como condición constituye un cargo cuyo cumplimiento puede exigirse pero funciona como condición resolutoria, conforme lo preveía el art. 559 del Cód. Civil, aunque requiriendo la sentencia judicial para que el beneficiado pierda el derecho adquirido.

Claro está que, en tal caso, aunque el cargo normalmente funciona como condición resolutoria, también puede imponérselo permitiendo solamente exigirlo sin que su incumplimiento haga incurrir en la pérdida del derecho, según lo disponía el art. 560.

También el art. 558, Cód. Civil, autorizaba a subordinar la adquisición del derecho al cumplimiento del cargo. En ese caso, el cargo es impuesto como condición suspensiva. Debe destacarse que para que así funcione debe surgir expresamente de la cláusula impuesta por el testador.

Como luego veremos, en materia testamentaria ambas modalidades —cargo y condición— tienden a confundirse cuando el cargo ha sido la causa final de la liberalidad, porque entonces su incumplimiento puede ocasionar, como lo establece el art. 3841, la pérdida del legado o de la herencia.

De todas maneras, como reiteradamente se ha sostenido, lo típico del cargo es que acuerda al beneficiario una acción de cumplimiento, mientras que el hecho puesto como condición no es exigible.

Frente a las disposiciones aplicables al caso, como las del Código vigente, si bien comparáramos los fundamentos de la Cámara de San Isidro en cuanto analiza el cargo y su diferencia con la condición, no llegamos a la misma conclusión en virtud de la interpretación de la manda testamentaria.

## IX. En el caso, el legado impuso un cargo

Entendemos que la disposición es clara en cuanto la testadora intentó modalizar con un cargo, y si bien al imponerlo a la misma beneficiaria puede resultar dudosa su interpretación, lo cierto es que en caso de duda debe considerarse, de acuerdo con los principios interpretativos en materia testamentaria que ya hemos mencionado, el supuesto menos gravoso y a favor del testamento, es decir, que existe un cargo y no una condición.

Pues bien, volviendo a lo que habíamos dicho en cuanto a las características de la disposición de la testadora, resulta evidente que el cargo no pudo cumplirse en su totalidad después de la muerte de la testadora, sin culpa de la beneficiaria.

Considerar que se trata de una condición suspensiva y concluir que, no habiendo cumplido la beneficiaria con la edificación por cualquier causa que deba considerarse incumplida, es caer en un verdadero rigorismo formal, sin valorar las circunstancias del caso y la verdadera voluntad de la testadora. Por ello, celebramos el fallo de la Corte Suprema en el sentido de hacer hincapié en

la verdadera causa de la voluntad testamentaria. El Alto Tribunal puso de manifiesto la causa final de la disposición y consideró que la legataria continuó ocupándose de la testadora —lo que se acreditó con prueba externa— y no tuvo el tiempo material para construir la vivienda.

Esto lleva a otro comentario, como lo es la procedencia de la prueba externa en la interpretación testamentaria, que no es la regla sino la excepción.

En materia de interpretación testamentaria, el testamento debe bastarse a sí mismo. Por tanto, sólo ante serias dificultades de comprensión de su texto o ante una contradicción de importancia, y si el análisis del documento considerado íntegramente no elimina las dudas acerca de la verdadera voluntad del causante, debe acudir a elementos extrínsecos para desentrañar su sentido. Es por ello que, al interpretar el instrumento, el juez no puede apartarse de las disposiciones perfectamente claras del testador (15).

Consideramos que en el caso se justificaba admitir la prueba externa sobre los cuidados brindados a la testadora por la beneficiaria, entre el otorgamiento del acto de última voluntad y su cercano fallecimiento.

Como dijimos, el cargo resultó de imposible cumplimiento en cuanto a la edificación, pues la testadora murió a los diecisiete días de testar. Pero, además, la testadora, al imponer el cargo, estableció la causa de esa modalidad, que en definitiva fue la necesidad de su cuidado por parte de la legataria hasta su muerte.

El cargo a favor de la misma testadora en cuanto hace a su cuidado para después de su muerte también, es obvio, resulta de imposible cumplimiento.

Entonces, nos preguntamos si puede considerarse el cargo imposible y aplicar el art. 3608 del Cód. Civil, en cuanto el cargo o la condición imposibles anulan la disposición.

Se ha criticado la solución del Código Civil al igualar la condición o el cargo imposible a la condición o cargo ilícito. Recuérdese que en el derecho romano la tesis de los sabinianos tenía a la condición o al cargo por no escrito, de manera que la disposición era eficaz pura y simplemente (16).

Consideramos que, teniendo presente la voluntad de la testadora de asegurarse el cuidado de la beneficiaria hasta su muerte, en definitiva quiso instituir la legataria siempre que la haya cuidado mientras siguiera con vida. Esa, entendemos, fue la causa final de la disposición cumplida por la legataria.

La edificación requerida en el testamento a cargo de la beneficiaria del legado fue sólo un medio para lograr aquel resultado.

No debe olvidarse que el cargo o la condición imposible —se dice— anulan la disposición testamentaria, porque reflejan que el testador no quiso efectivamente legar. Pero, en el caso, nos parece que la correcta interpretación de la voluntad de la testadora fue efectivamente instituir como legataria a quien la cuidó hasta su muerte.

Cabe destacar que, en el Código vigente, a esta modalidad se aplica el art. 2468, por lo que, si el cargo fuera legal o físicamente imposible, o contrario a las buenas costumbres, es nulo, pero no afecta la validez de las disposiciones sujetas a él. Hemos pasado de seguir a los proculeyanos a acompañar a los sabinianos, ya que antes la condición prohibida anulaba la disposición, y hoy no lo hace.

Coincidimos entonces con el fallo del Alto Tribunal en el sentido de que la causa final de la disposición se cumplió, tornándose de imposible cumplimiento la edificación de la

## { NOTAS }

tos”, ob. cit., t. I, p. 240.

(13) FASSI, Santiago C., “Tratado de los testamentos”, ob. cit., t. II, p. 51, nro. 1187.

(14) FASSI, Santiago C., “Tratado de los testamentos”, ob. cit., t. 2, p. 110, nro. 1312-3, con cita de GANGI,

Calogero, “La sucesión testamentaria”, Milán, 1957, t. II, nro. 370, ps. 187-188.

(15) CNCiv., sala A, 23/09/1996, “P., J. M.”, LA LEY, 1998-E, 771 (40.821-S); JA 1998-IV-195.

(16) GAYO, “Institutas”, III-98.

vivienda, tal como lo establece la cláusula testamentaria.

Obsérvese que, en virtud de los principios de interpretación del testamento que hemos mencionado, se ha recomendado en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil realizadas en Buenos Aires, en setiembre de 1979, que quede sometido al arbitrio judicial dar por cumplida la prestación impuesta en el cargo, conforme a la voluntad verosímil del testador y la causa final del legado.

También se decidió que si se ha dispuesto la adquisición de una bóveda y el emolumento sucesorio resulta insuficiente para ello, habrá un cargo de cumplimiento imposible, procediendo a declarar su caducidad (17).

#### X. Acciones de la heredera por incumplimiento del cargo

Nos referiremos a las acciones que debió seguir la heredera y no lo hizo, en el supuesto de considerar que el cargo fuera de posible cumplimiento, por lo que, en nuestro criterio, también debió rechazarse la demanda.

Es cierto que el cargo debe cumplirse tal como lo estipuló el testador. Por lo tanto, deberán respetarse la forma y los plazos establecidos y, en caso de no haberse fijado plazo para la ejecución del cargo, deberá hacerse judicialmente.

Si el cumplimiento es imposible, sin culpa del gravado, el cargo quedará sin efecto, sea que esa imposibilidad se produzca antes o después de la apertura de la sucesión. Si la imposibilidad de cumplimiento del cargo se debiera a culpa o dolo, o el gravado se encontrara en mora, la imposibilidad no lo libera y deberá resarcir los daños y perjuicios.

Como sabemos, el art. 3774 del Cód. Civil establecía que los legados hechos con cargas son regidos por las disposiciones sobre las donaciones entre vivos de la misma naturaleza. No obstante, el incumplimiento del cargo impuesto en las disposiciones testamentarias, a diferencia del incumplimiento del impuesto en las donaciones, no funciona, en principio, como condición resolutoria.

En efecto, el art. 3841 expresamente dispone que la revocación por la inejecución de las cargas impuestas al legatario procedía sólo “cuando éstas son la causa final de su disposición”. Como se advierte, salvo en el supuesto

#### { NOTAS }

(17) CNCiv., sala B, 08/03/1962.

previsto por esa norma, la inejecución del cargo no resuelve el derecho, sino que sólo autoriza a exigir su cumplimiento.

Claro está que el testador puede disponer expresamente que el cargo funcione como resolutorio en caso de incumplimiento.

En el caso, como dijimos, la causa de la disposición expresada por la testadora fue cumplida por la legataria, mientras que la edificación resultó complementaria con aquélla y resultó de imposible cumplimiento, incluso antes de la constitución en mora del gravado.

El Código Civil y Comercial mantiene la misma solución del artículo anterior en el art. 2520, inc. b).

La acción de cumplimiento es carácter personal y tiene como objeto el cumplimiento de la voluntad del causante. En general, todo aquel que tenga interés legítimo se encuentra legitimado para exigir el cumplimiento del cargo; de allí que la doctrina distinga distintas hipótesis.

El art. 3841 del Cód. Civil establece que los legados pueden ser revocados, después de la muerte del testador, por la inejecución de las cargas impuestas al legatario, cuando éstas son la causa final de la disposición.

Asimismo, el artículo siguiente expresamente dispone la aplicación de las disposiciones relativas a las donaciones entre vivos por inejecución de los cargos impuestos. Tal remisión produce dificultades, pues en materia testamentaria las diferencias son notorias; la principal es la prevista en la norma del art. 3841, que limita la acción de revocación únicamente cuando el cargo está impuesto como causa final de la disposición.

Pero, además, en la donación se diferencian tres partes: donante, donatario y beneficiario del cargo, situación que no se da en materia testamentaria. Entonces, cabe preguntarse quiénes se encuentran legitimados para ejercer la acción revocatoria.

Si el cargo fue impuesto como causa final de la disposición, quienes pueden pedir la revocación son los herederos, pues éstos ocupan el lugar del testador o donante en los actos entre vivos (según lo dispone el art. 1852 del Cód. Civil).

Cabe remarcar que procede la acción de revocación cuando el cargo ha sido el motivo principal de la disposición y, además, cuando el incumplimiento se deba a la culpa o dolo del gravado.

En cuanto al primer requisito, resulta comprensible, ya que si el cargo no resulta ser la

causa final de la disposición testamentaria, cabe concluir que el testador no tuvo intención de subordinar el llamamiento a su cumplimiento, por lo que en tal caso no se justificaría la revocación.

En cuanto a la inejecución del cargo, el cumplimiento debe ser completo, por lo que, aunque parcial, el incumplimiento puede dar lugar a la revocación. Sin embargo, se ha sostenido que la ejecución parcial resulta suficiente para rechazar la pretensión cuando es importante y a criterio del juez resultara excesiva la revocación.

Tal —creemos— es la circunstancia que rodea al caso en análisis, donde se cumplió el cargo en lo que fue la causa final de la disposición testamentaria, esto es, el cuidado de la testadora.

Además del incumplimiento doloso o culposo del gravado como requisito para ejercer la acción de revocación, resulta aplicable la disposición del art. 1850 del Cód. Civil, que otorga la acción de revocación al donante si el gravado se hubiera constituido en mora, sea cual fuere la causa de la falta de cumplimiento de la obligación y aunque la ejecución haya llegado a ser imposible a consecuencia de circunstancias completamente independientes de la voluntad del donatario.

El art. 1849, aplicable en materia testamentaria por remisión de los arts. 3842 y 3774 del Cód. Civil, requería la constitución en mora del gravado para demandar la revocación. De acuerdo con los principios generales, estimamos que actualmente rige la misma solución.

En este sentido, en un caso resuelto por la sala F de la Cámara Civil, donde la actora promovió una demanda para obtener la caducidad por incumplimiento de la condición de un legado efectuado por una hermana, quien, después de hacer diversos legados particulares, legó el 70% del resto de sus bienes a la Asociación Filantrópica Israelita, pero “con la condición de que a su requerimiento se le dé albergue, manutención y todo cuidado a la edad y estado a su persona gratuito a mi cuñada Rebeca S. y el cuidado y mantenimiento del sepulcro o de los sepulcros de mi finado esposo Mario S. y mío en el Cementerio Británico”, sólo se invocó el incumplimiento de la legataria del cuidado de los sepulcros, por lo cual las cenizas de aquéllos fueron enviadas al osario común. El tribunal consideró que se trataba de un cargo y no de una condición, y además diferenció la primera obligación, que consideró causa final de la disposición, de la segunda, que estimó secundaria frente a las exigencias relacionadas con los cuidados a su cuñada. Además, rechazó la pretensión pues

la heredera debió constituir en mora a la legataria, intimándole el cumplimiento del cargo, pues, se alegó, por las características de aquél, no cabía solicitar judicialmente la fijación del plazo. Por otra parte, resolvió que, tratándose de un cumplimiento parcial de la obligación principal impuesta por la testadora, no correspondía tampoco la revocación.

La constitución en mora del gravado dependerá de la forma en que el testador haya establecido la exigibilidad del cargo, aplicándose los principios generales.

Si el cargo tiene un plazo de cumplimiento determinado (cierto o incierto) resultan aplicables los párrs. 1º y 2º del art. 509 del Cód. Civil. En cambio, si el plazo es indeterminado, los herederos o el albacea deberán solicitar la fijación judicial del plazo, por lo que deberán acumular la acción de fijación de plazo y de cumplimiento, de acuerdo con el párr. 3º del art. 509.

Con respecto a este tema, en las VII Jornadas Nacionales de Derecho Civil, el plenario sentó la siguiente doctrina: a) si el testador no ha fijado plazo para la ejecución del cargo y de las disposiciones testamentarias no surge su exigibilidad inmediata, corresponde que se lo fije judicialmente, según la naturaleza de la prestación y las circunstancias del caso (arts. 509, párr. 3º, y 561 del Cód. Civil); b) queda sometido al arbitrio judicial dar por cumplida la prestación impuesta en el cargo, de acuerdo con la voluntad verosímil del testador y la causa final del legado; c) la mora en el cumplimiento del cargo se produce, en los cargos de exigibilidad inmediata, por la interpelación, y en los sujetos a plazo, por el vencimiento de éste (art. 509, párr. 1º, del Cód. Civil), sea fijado por el testador o judicialmente; d) no puede exigirse el cumplimiento del cargo cuando resulta imposible por causa anterior a la constitución en mora (arts. 565 y 1850 del Cód. Civil). Actualmente serían de aplicación los arts. 886 y ss. del Cód. Civ. y Com.

En nuestro caso no hubo pedido de fijación de plazo, pues la testadora no lo determinó, ni constituyó en mora a la gravada, por lo que no puede hacerse caer sobre la beneficiaria del legado el incumplimiento, que además resultó de un hecho ajeno a su voluntad.

En conclusión, ha sido un caso bien resuelto, al hacer prevalecer la voluntad real del testador sobre la literalidad de una frase y por la admisión excepcional de la prueba externa, para lograr, de acuerdo con las circunstancias comprobadas de la causa, una correcta interpretación de la manda testamentaria.

Cita on line: AR/DOC/3663/2019



## JURISPRUDENCIA

### Derecho a la salud

**Cobertura íntegra del tratamiento quirúrgico y reparación biventricular a realizarse a favor de un niño en un hospital de Boston, Estados Unidos. Condena impuesta a la Provincia de Córdoba y al Estado Nacional. Tasa de éxito de cardiocirugías correctivas del 98%. Situación de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física del niño. Ejecución inmediata.**

**Hechos:** El juez admitió una cautelar destinada a ordenar a la Provincia de Córdoba y al Estado Nacional a otorgar cobertura íntegra del tratamiento quirúrgico y reparación biventricular a favor de un niño con discapacidad en un hospital de Boston, Estados Unidos, incluyendo traslado, estadía y alimentación. La Cámara confirmó la medida.

1.- La Provincia de Mendoza y el Estado Nacional deben otorgar cautelarmente y de forma inmediata la cobertura integral del tratamiento quirúrgico y reparación biventricular a realizarse en un hospital de Boston, Estados Unidos, a favor de un niño con discapacidad, teniendo en cuenta que se trata de un menor de corta edad que se encuentra en un estado de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física, aun cuando los padres hayan declarado que actualmente está estable, pues la patología sufrida puede en cualquier momento revertir la situación de estabilidad actual, lo que exige una mayor premura.

2.- El Estado Nacional, en su calidad de garante de los derechos de raigambre constitucional, entre los que encontramos el derecho a la vida, que incluye el derecho a la salud, y en su carácter de

máxima autoridad pública en el país en materia sanitaria, no puede desentenderse de su obligación, subsidiaria de los obligados principales, de proveer las prestaciones necesarias para garantizar la preservación de esos derechos —en el caso, la cobertura de una reparación biventricular en el extranjero a favor de un niño con discapacidad—.

122.268 — CFed. Córdoba, sala A, 01/11/2019. - M., N. E. y otro c. Estado Nacional - Ministerio de Salud de la Nación - y otro s/ Amparo Ley 16.986.

[Cita on line: AR/JUR/37179/2019]

#### ① COSTAS

En el orden causado.

2ª Instancia.- Córdoba, noviembre 1 de 2019.

El doctor Vélez Funes dijo:

I. Llegan los presentes autos a conocimiento y decisión de este Tribunal de Alzada en virtud de los recursos de apelaciones deducidos respectivamente por el Procurador del Tesoro de la Provincia de Córdoba, Juan Manuel Delgado y por Leticia Valeria Aguirre, Directora General de Asuntos Judiciales de la Procuración del Tesoro con el patrocinio letrado del Dr. E. A. M. y por el representante legal del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, doctor I. M. S., en contra de la providencia dictada con fecha 3 de octubre de 2019 por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba, que en lo pertinente dispuso: “...”intímese a las demandas para que en el término de 3 días hagan lugar a la cobertura íntegra del 100% del costo necesario para



que el menor L. G. M. sea derivado al Boston Childrens Hospital, sito en 300 Longwood Avenue, BADER 273, Boston, MA 0211, a efectos de su evaluación y posterior tratamiento quirúrgico y reparación biventricular a cargo del Dr. P. J. d. N., Jefe de Servicio de Cardiocirugía de dicha institución, con más los gastos de traslado, estadía y alimentación del menor y sus padres, gastos médicos del post operatorio y aquellos que deriven del propio tratamiento que allí ha de realizarse. Todo ello conforme prescripción médica. En cuanto al porcentaje de cobertura, se establece un 70% a cargo del Estado Nacional y un 30% a cargo de la Provincia de Córdoba. Respecto de las donaciones y a los fines de evaluar el destino de dichos fondos, intímese a la actora para que en el término de 5 días acompañe ante el Tribunal informe de saldo de las cuentas bancarias del Banco Nación N° ... y N° ... y cualquier otra cuenta asignada a los fines de recibir donaciones con carácter solidario, haciéndoles saber a los actores que no deberán efectuar ningún tipo de extracción de dichas cuentas hasta tanto el Tribunal no determine el destino de las sumas dinerarias allí depositadas. Se establece en carácter de contracautela la fianza personal de ocho (8) letrados de la matrícula (art. 199 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación)...” Fdo.: Ricardo Bustos Fierro (fs. 82/vta.).

II. Se agravia en primer lugar la Provincia de Córdoba por cuanto considera que no se acredita la concurrencia de los requisitos previstos para el otorgamiento de las medidas cautelares. En cuanto a la verosimilitud del derecho sostiene que jamás existió prescripción médica alguna en relación a una cirugía que “necesariamente” deba realizarse en el Boston Childrens Hospital ni en ninguna otra institución del exterior. Conforme lo informado por el señor Director del Hospital de Niños, la cirugía de Fontan-Kreuzer se realiza en Argentina desde hace 46 años, siendo que en Córdoba se practica tanto en el Hospital de Niños de la Stma. Trinidad y en el Hospital Privado Universitario, los cuales presentan en los últimos cinco años una tasa de mortalidad del 0% (cero por ciento). Insiste en que dicha operación se realiza hace casi 50 años en el país, y que en nuestra Provincia no ha fallecido ningún paciente en los últimos 5 años a raíz de dicha práctica.

En relación al peligro en la demora considera que no existe en autos una urgencia que permita sostener que estamos ante un peligro tal que amerite el dictado de una medida cautelar de la naturaleza de la adoptada en autos. En este sentido sostiene que a lo largo del escrito de demanda, los padres del menor mencionan en más de una oportunidad que el niño se encuentra estable y a la espera de su tercer etapa quirúrgica.

Asimismo que el Director del Hospital de Niños y el Jefe de Cardiología Pediátrica de dicho nosocomio, Dres. P. y P. respectivamente, ponen de manifiesto que la cirugía Fontán-Kreutzer se realiza entre los 2 y 3 años de vida del paciente, siendo que el M. N. E. no cumple con dicho requisito. Sumado a ello dichos profesionales resaltan que dichas intervenciones no se realizan de urgencia, sino que son programadas. Afirman que la vida del menor no corre riesgo de manera inmediata. Por último se agravian por cuanto consideran que la medida cautelar ha sido otorgada sin que los actores hayan dado previo cumplimiento a la exigencia de contracautela suficiente. En definitiva solicitan se revoque por contrario imperio la providencia (fs. 102/113 vta.).

Por su parte el representante legal del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación, doctor I. M. S. se agravia por cuanto considera que la Provincia de Córdoba es la primera obligada en tanto la salud es una facultad de las provincias no delegada al Estado Nacional, por ello si esa parte interviniera asumiendo las prestaciones que se

solicitan estaría excediendo su jurisdicción y por ende desconocer la garantía del artículo 19 de la Constitución Nacional, pues se estaría obligando al Estado Nacional y a sus funcionarios a hacer algo que la ley no manda. Asimismo sostiene que es una ostensible violación a la división de poderes.

Por otra parte sostiene que para la cirugía solicitada por los amparistas, “no están dadas las condiciones anatómicas indispensables para ser candidato a corrección biventricular”, según el certificado otorgado por la doctora D. M. D. L. A. F., Directora Nacional de Maternidad, Infancia y Adolescencia del Ministerio de Salud y Desarrollo Social de la Nación.

Asimismo destaca que el sistema sanitario ha dado tratamiento al amparista, en el Hospital Garrahan que es considerado el centro de referencia nacional para la cirugía cardíaca pediátrica de alta complejidad y un centro de formación de cirujanos pediátricos cardiovasculares de Argentina y Latinoamérica. Por último plantea reserva del caso federal.

Corrido los traslados de ley, la parte actora procede a contestar los mismos, solicitando el rechazo de las apelaciones articuladas por los motivos que allí expone y a los cuales me remito por cuestiones de brevedad (fs. 133/137 y 138/141 vta.).

III. Ingresando al tratamiento de la presente causa y por cuestiones de orden metodológico abordaré en primer término el agravio expuesto por el Estado Nacional en relación a la legitimación pasiva, el cual constituye el núcleo central de su apelación.

Cabe destacar que sobre el punto ya he tenido oportunidad de expedirme en los autos caratulados “autos ‘H. V., D. A. y otro c. Parque Salud SA y otro s/ prestaciones farmacológicas (Expte. N° 31335/2017/CA1)” en los cuales expuse categóricamente que el Estado Nacional, en su calidad de garante de los derechos de raigambre constitucional, entre los que encontramos el derecho a la vida —que incluye el derecho a la salud—, y en su carácter de máxima autoridad pública en el país en materia sanitaria, no puede desentenderse de su obligación —subsidiaria de los obligados principales— de proveer las prestaciones necesarias para garantizar la preservación de esos derechos. Al respecto es necesario acotar que a partir de lo dispuesto en los tratados internacionales que tienen jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22, de la Ley Suprema), la Corte ha reafirmado en recientes pronunciamientos el derecho a la preservación de la salud —comprendido dentro del derecho a la vida— y ha destacado la obligación impostergable que tiene la autoridad pública de garantizar ese derecho con acciones positivas, sin perjuicio de las obligaciones que deban asumir en su cumplimiento las jurisdicciones locales, las obras sociales o las entidades de la llamada medicina prepaga (Fallos: 321:1684 y causa A.186 XXXIV “Asociación Benghalensis y otros c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo ley 16.986” del 1 de junio de 2000, mayoría y votos concurrentes y dictamen del señor Procurador General de la Nación a cuyos fundamentos se remiten) (Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y Banco de Drogas Neoplásicas s/ recurso de hecho” del 24/10/2000 - Fallos: 323:3229).

En este sentido se ha pronunciado este mismo Tribunal en autos “H. V., D. A. y otro c. Parque Salud SA y otro s/ prestaciones farmacológicas (Expte. N° 31335/2017/CA1)” en los cuales con fecha 11 de septiembre de 2017 se resolvió que: “...el Estado Nacional ha asumido compromisos internacionales explícitos, orientados a promover y facilitar las prestaciones de salud, por lo cual, a tra-

vés del Ministerio de Salud debe garantizar el cumplimiento de la cautelar ordenada. Ello implica que, ante el incumplimiento de la obligada directa, debe suplir la omisión de la responsable ante la importancia destacada de la cobertura del medicamento...”.

Proyectado ello al caso en estudio entiendo que el Estado Nacional no puede desentenderse de su rol de garante último y principal del derecho a la salud, correspondiendo por ello entender como parte codemandada en la presente causa y por lo tanto rechazar este agravio.

IV. En lo que respecta al recurso de apelación interpuesto por la representación legal de la Provincia de Córdoba, cabe tener presente que no se ha controvertido el diagnóstico médico del menor, ni su condición de menor con discapacidad como así tampoco que requiere un tratamiento médico específico de acuerdo a su patología la cual fue suficientemente acreditada en estas actuaciones.

Por ello, la controversia se centra en dilucidar si corresponde hacer lugar o no al pedido de los amparistas de practicar la cirugía indicada al menor en el centro médico situado en la ciudad de Boston, Estados Unidos de América, por lo que corresponde en este estadio controlar los requisitos necesarios para confirmar o revocar la medida cautelar otorgada.

Analizando el primero de los requisitos, esto es la verosimilitud del derecho, surgen en las actuaciones en estudio el certificado médico expedido por los doctores G. y G. (profesionales del Hospital de Niños de la Santísima Trinidad de la Ciudad de Córdoba) que dice que “...debe definirse si puede ser un potencial candidato a una reparación biventricular o en caso contrario, cirugía cavo-pulmonar total (Fontan) para completar el tratamiento cardíaco. Dada la complejidad de su afección se realiza interconsulta y se solicita turno programado con el Dr. P. I. d. N., Jefe de Servicio de Boston (Estados Unidos), ya que su tasa de éxito de cardiocirugías correctivas es del 98%. El paciente tiene turno para fines de octubre....” Fdo.: A. D. G., G. A. A. (fs. 13).

Por su parte de la interconsulta efectuada al Dr. D. N., este sostuvo que “...Basado en esta información que hasta cierto punto es limitada, solo podemos determinar que no hemos visto ventrículo izquierdo adecuado para realizar el trabajo de apoyar la circulación sistémica. Los estudios que recibimos no fueron adecuados para descartar esta posibilidad pero por lo que vemos creo que lo más probable es que el ventrículo izquierdo es demasiado hipoplásico. La única otra alternativa sería evaluarlo en nuestro centro con un nuevo estudio ecocardiográfico y resonancia para poder determinar si existen otras alternativas fuera de la conexión cavo pulmonar tipo Fontan...” (fs. 73).

Ello así, sostengo que resulta desacertado lo expresado por el apelante en cuanto que el doctor D. N. haya descartado realizar al niño la reparación biventricular y que se limitaría a realizar la cirugía de Fontan. Si no que lo manifestado por el profesional es que vistas las imágenes remitidas estas no poseían óptima definición, siendo preciso realizar estudios de mayor complejidad con la aparatología en el hospital extranjero para definir la posible o no intervención quirúrgica.

En virtud de lo expuesto coincido con el señor Juez de primera instancia en cuanto sostiene que se está ante un caso de una enfermedad poco frecuente con posibilidad de intervención quirúrgica de alta complejidad y que de acuerdo a los informes médicos es recomendable su realización con la mayor premura en el centro médico de la ciudad de Boston, todo ello de acuerdo al grado de

conocimiento periférico en relación a la verosimilitud del derecho que debe tener en cuenta el Juez al fallar respecto a una medida cautelar.

En relación al peligro en la demora corresponde tener presente que el mismo se vincula con la posibilidad de que al momento de dictarse sentencia definitiva la misma sea ineficaz o de cumplimiento imposible o bien que se le produzca al accionante un daño innecesario e irreparable. Impone una apreciación atenta de la realidad comprometida.

En el caso que nos ocupa se está ante una petición de realizar una cirugía extraordinaria y excepcional a un menor de corta edad que se encuentra en un estado de máxima vulnerabilidad y de inestabilidad física, si bien los padres declaran que actualmente está estable, no puede desconocerse que la patología aludida puede en cualquier momento revertir esta situación de estabilidad actual. Por otra parte, la cirugía indicada debe efectuarse dentro de los 2 y hasta los 3 años, edad a la que el menor ya ha accedido, por lo que atento a las interconsultas efectuadas e indicaciones realizadas se concluye que debe continuarse con el procedimiento iniciado y autorizarse la cirugía según lo peticionado por los amparistas.

V. No puedo dejar de advertir que las codemandadas se quejan en relación a la falta de cumplimiento de la contracautela ordenada por el señor Juez de grado, al respecto y constatada esa circunstancia, corresponde ordenar su cumplimiento en el plazo perentorio de diez (10) días de notificada la presente, bajo apercibimiento de la responsabilidad personal de los accionantes.

Asimismo en relación al dinero donado, corresponde ordenar que la actora transfiera al Tribunal de primera instancia y a la orden de estos autos el total del dinero recaudado a los fines de una oportuna compensación y/o destino que corresponda; luego de efectuado la misma se cierre la cuenta bancaria abierta a esos fines, todo para la correcta transparencia y resguardo de la buena fe de todos los donantes participantes.

VI. Por todo lo expuesto, corresponde confirmar la medida cautelar dispuesta por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba en todos sus términos, ordenada con fecha 3 de octubre de 2019, a los fines de su inmediata ejecución por la naturaleza y cuestión que ha sido motivo de debate en esta acción de amparo. Costas por el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios para su oportunidad.

Así voto.

La doctora *Montesi* y el doctor *Ávalos* dijeron:

Que por análogas razones a las expresadas por el doctor *Vélez Funes*, votan en idéntico sentido.

Por ello, se resuelve: 1) Confirmar la medida cautelar dispuesta por el señor Juez Federal N° 1 de Córdoba en todos sus términos, ordenada con fecha 3 de octubre de 2019, a los fines de su inmediata ejecución por la naturaleza y cuestión que ha sido motivo de debate en esta acción de amparo. 2) Imponer las costas de esta Alzada por el orden causado, difiriéndose la regulación de honorarios correspondientes para su oportunidad. 3) Ordenar a la actora transfiera el total de fondos depositados en colecta pública a su favor al Juzgado Federal de primera instancia interviniente y para estos autos, a los fines de oportunamente evaluar su destino final con motivo y en ocasión del presente asunto. 4) Protocolícese, hágase saber con carácter urgente y publíquese. Fecho bajen de inmediato a sus efectos. — *Graciela S. Montesi*. — *Ignacio M. Vélez Funes*. — *Eduardo Ávalos*.

## Prevención del daño

**Demanda iniciada por una asociación de consumidores contra una empresa proveedora del servicio de cable, telefonía e Internet. Entrega en soporte físico de los productos a sus clientes. Deber de información. Ausencia de prueba respecto de la conducta antijurídica. Arts. 1710 y 1711 del Código Civil y Comercial. Rechazo.**

**Hechos:** El juez rechazó una medida de prevención de daños solicitada por una asociación de consumidores contra una empresa proveedora del servicio de cable, telefonía e Internet. La Cámara confirmó la sentencia.

1.- La medida de prevención de daños solicitada por una asociación de consumidores contra una empresa proveedora del servicio de cable, telefonía e Internet, relacionada a la entrega en soporte físico de los productos a sus clientes, debe rechazarse, en tanto no fue acreditado que la demandada haya realizado una acción u omisión antijurídica concreta, con lo cual no es posible evaluar una conducta de daño futuro que requiera protección judicial de urgencia sustantiva (arts. 1710 y 1711, Código Civil y Comercial).

2.- Mientras las acciones preventivas previstas en los arts. 1170 y 1711 del Código Civil y Comercial no sea reguladas en los códigos de forma locales podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio, mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustantiva, procesos inhibitorios comunes.

**122.269** — CNCCom., sala F, 05/11/2019. - Asociación por la Defensa de Usuarios y Consumidores c. Telecentro S.A. s/ Ordinario.

[Cita on line: AR/JUR/37438/2019]

**2ª Instancia.**- Buenos Aires, noviembre 5 de 2019.

*Vistos:* 1. Viene apelada por la asociación actora la decisión de fs. 141/45 mediante la cual el magistrado de grado rechazó la medida de prevención de daños solicitada en el escrito liminar.

Básicamente juzgó el *a quo* que en el estadio actual de las actuaciones no se advierten reunidos los presupuestos de procedencia para acceder a lo solicitado, en la medida que no se aportaron elementos de convicción suficientes que confieran asidero a la pretensión incoada.

2. Los fundamentos del recurso fueron volcados en el memorial de agravios obrante en fs. 148/157 y contestados por la demandada en fs. 148/57.

De su lado, el Ministerio Público Fiscal dictaminó en fs. 166/169.

3. Debe recordarse que la asociación actora interpuso acción preventiva de cese o minimización de daños en los términos de los arts. 1710 y 1711 del Cód. Civ. y Com. de la Nación contra Telecentro Argentina SA.

En tal contexto y en confusos términos, solicitó como medida cautelar colectiva y hasta se interponga en el período legal correspondiente la acción de fondo, se ordene a la demandada reanudar el envío de sus productos (facturas, entre otros) en soporte físico hasta tanto expresamente los consumidores requieran la opción de envío mediante medios alternativos.

En fs. 86/87 el magistrado de la causa imprimió a las presentes trámite de juicio ordinario y ordenó correr traslado de la demanda, la cual fue contestada en fs. 99/108.

Mediante el decisorio en crisis, se reitera, fue rechazada la medida de prevención de daños solicitada por la demandante, dándose por concluido el trámite de las actuaciones con costas en el orden causado atento las particularidades de la cuestión.

4.a. Efectuada dicha reseña y en función de lo decidido en el grado, cabe resaltar la importante reforma que trajo el Cód. Civil y Comercial en cuanto a la recepción de la función preventiva de la responsabilidad civil (arts. 1708 y 1710), consagratoria del deber de: a) evitar causar un daño no justificado, b) adoptar medidas para evitar un daño o disminuir su magnitud, y c) no agravar el daño ya producido.

Las “acciones preventivas” —en rigor, “pretensiones preventivas” — de los arts. 1711 a 1713 cód. cit. llegan, entonces, tanto para prevenir el eventual daño como para solicitar su cese. Y es dable conjeturar que mientras no sean reguladas en los códigos de forma locales, podrán ser ejercidas de modo provisorio o definitivo; principal o accesorio —v. gr. mediante un proceso de condena atípico, medidas cautelares, medidas autosatisfactivas, amparos de fuente sustantiva, procesos inhibitorios comunes, etc.- (conf. Bestani, Adriana, coment. art. 1711 Cód. Civil y Comercial Comentado, anotado y concordado, Garrido Cordobera, Lida M. R.- Borda, Alejandro-Alferillo, Pascual E., Bs. As., Astrea, 2015; id. “Acción Preventiva y omisión precautoria en el nuevo Cód. Civil y Comercial” en RCCyC 2015, Nov. 17/11/2015, RCyS2016-III, 26, La Ley on line AR/DOC/3881/2015; Meroi, Andrea A. “Aspectos procesales de la pretensión preventiva de daños”, RCCyC 1026, 06/04/2016, 70, La Ley on line AR/DOC/956/2016; Peyrano, Jorge W., “Procesos individuales de consumo: la acción preventiva en general y en el terreno consumeril” en Stiglitz, G. - Hernández C., “Tratado de Derecho del Consumidor”, Bs. As. LA LEY, T. IV p. 162; Arazi, Roland, “Tutela Inhibitoria”, en Rev. Dcho. Procesal, Sta. Fe, Rubinzal Culzoni, 2008-2, p. 92).

Se exige la acreditación de dos factores: (i) la antijuridicidad, entendida como la trasgresión al ordenamiento jurídico —en forma comisiva u omisiva— y, (ii) el interés razonable en la prevención del daño (art. 1712 Cód. Civ. y Comercial). Queda claro entonces, que se excluye la ponderación del factor de atribución de responsabilidad y la norma tampoco reclama, de modo indefectible, la concurrencia de la “urgencia”.

Aunque ausente de modo expreso, es de toda lógica que la prevención sea factible tanto material como jurídicamente (v. gr. que no esté consumada la acción o sea posible su cese y que se pueda aplicar la medida sin óbices normativos, i. e. eventual censura previa, arts. 14 y 32 CN).

Pero por sobre todas las cosas, debe sopesarse que dada la relevancia axiológica de la tutela no debiera ser interpretada como excepcional, ni aplicarse con criterio restrictivo (conf. Zavala de Gonzalez, cit. por Vazquez Ferreyra, Roberto en “La función preventiva de la responsabilidad civil”, LA LEY, 2015-C, 726).

4.b. Sentadas las bases conceptuales que enmarcan el razonamiento, es oportuno prevenir a esta altura de la exposición que esta Sala ha estimado tutelas anticipatorias en el orden contractual bajo dicha plataforma argumental (cfr. 17/05/2016, “Sacconi, Estefanía y otro c. Círculo de Inversores SA de Ahorro p/f dtos. s/ ordinario s/ incid. art. 250”, Expte. COM 4321/2016; id. 07/09/2017, “Industrias Rotor Pump SA c. Franklin Electric Sales Inc. y otros s/ med. precautoria” Expte. COM 20955/2016; id. 09/04/2019, “América T. V. SA c. Practiplus SA s/ ordinario” Expte. COM 28960/2018).

Pues bien, yendo al caso concreto traído a análisis, comparten los firmantes lo decidido

en el grado en el sentido que no han sido debidamente acreditados los requisitos exigidos por la normativa aplicable al caso para acceder a la medida solicitada.

En efecto, el esfuerzo discursivo de la recurrente, explayado en el memorial de agravios, no logra desvirtuar los argumentos que motivaron la desestimación de la pretensión incoada, básicamente relacionada con determinar *prima facie*, y con los elementos con que se encuentran en autos, la antijuridicidad endilgada a la demandada, máxime cuando las cuestiones de prueba que fueren menester serán pues, ventilados en los autos principales, tal como señala el magistrado de grado (v. fs. 144 vlta.).

Coadyuva a lo expuesto, la postura adoptada por Telecentro Argentina SA quien al contestar el traslado afirmó que no existe ningún incumplimiento, que determine la procedencia de una medida cautelar señalando además, que “...cuando refirió en su contestación de demanda del expediente de fondo iniciado por la misma parte actora que sólo el 8 % de sus clientes no tenían contratados los servicios de internet y que tales clientes recibían en formato en formato físico toda la documentación sin costo alguno, jamás reconoció encontrarse violando normativa alguna” (v fs. 160).

Agréguese en el sentido antedicho, que de las copias simples incorporadas en fs. 18/21 y fs. 22/24 no se desprende en modo alguno el incumplimiento alegado del deber de informar a los consumidores que se dice en el escrito inicial, al menos respecto de Telecom Argentina SA: véase que la denuncia que se formula al Director de Defensa de Consumidor, es realizada por un particular ajeno a la litis y refiere a otras empresas (vgr. Banco ICBC, Banco Hipotecario, Televisión, Movistar, Personal); en igual sentido, las denuncias formuladas ante la Defensoría del Pueblo, la cual involucra a las empresas Telefónica Móviles Argentina SA (Movistar) y a Omint SA.

Finalmente, cuanto emerge de la 9ª reunión de sesión ordinaria especial de la Honorable Cámara de Diputados de la Nación de fecha 26 de noviembre de 2015, anejada en fs. 27/39, en nada modifica el cuadro de situación ya expuesto.

Así entonces, en la medida no ha sido acreditado que la demandada haya realizado una acción u omisión antijurídica concreta, no es posible evaluar una conducta de daño futuro que requiera en este estado una protección judicial de urgencia sustantiva.

5. Por lo expuesto y oído el Ministerio Público Fiscal, se resuelve: Desestimar el recurso de apelación interpuesto y confirmar el pronunciamiento apelado en cuanto fue materia de agravios. Con costas de Alzada a la actora vencida (CPr: 68). Notifíquese (Ley N° 26.685, Ac. CSJN N° 31/2011 art. 1° y N° 3/2015); y a la Sra. Fiscal General ante esta Cámara. Cúmplase con la protocolización y publicación de la presente decisión (cfr. Ley N° 26.856, art. 1; Ac. CSJN N° 15/13, N° 24/13 y N° 6/14) y devuélvase a la instancia de grado. — *Ernesto Lucchelli. — Alejandra N. Tevez. — Rafael F. Barreiro.*

## Límite al pago de las costas

**Inconstitucionalidad del prorrateo previsto en el art. 730 del Código Civil y Comercial. Derecho de propiedad. Carácter alimentario de los honorarios. Invasión de potestades de las provincias. Disidencia.**

**Hechos:** La Cámara confirmó, por mayoría, una sentencia que declaró la inconstitucionalidad del prorrateo previsto en el art. 730 del Código Civil y Comercial.

idad del prorrateo previsto en el art. 730 del Código Civil y Comercial.

1.- El prorrateo previsto en el art. 730 del Cód. Civ. y Com., en cuanto limita la retribución de los letrados que trabajaron y cuya retribución fue fijada conforme a las pautas arancelarias, es inconstitucional, pues claramente atenta contra su derecho de propiedad y el carácter alimentario de los estipendios, máxime cuando es injusto que quien se ve obligado a iniciar un proceso y resulta vencedor en costas deba afrontar el pago de una porción de ellas sin posibilidad siquiera de repetir del vencido. [1]

2.- El prorrateo previsto en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. es inconstitucional, en tanto comporta una disminución de la retribución profesional derivada de los aranceles vigentes en cada jurisdicción, invadiendo potestades propias de las diversas provincias que se reservaron atribuciones exclusivas para la reglamentación en su territorio del ejercicio de distintas profesiones (art. 14, 14 bis, 16, 17 y 121, CN).

3.- El control de constitucionalidad no solo abarca los supuestos en que las normas derivadas son manifiestamente contrarias a las disposiciones de la Carta Magna, sino que además permite su ejercicio cuando aquellas resultan irrazonables —en el caso, respecto del prorrateo previsto en el art. 730 del Cód. Civ. y Com.—, esto es, cuando los medios que arbitran no se adecúan a los fines cuya realización procuran o cuando consagran una manifiesta inequidad.

4.- La limitación establecida en el art. 730 del Cód. Civ. y Com. no constituye una restricción irrazonable del derecho de propiedad cuando ella se sujeta al monto por el cual procede la demanda y no cercena el crédito nacido para los profesionales (del voto en disidencia de la Dra. Abreut de Begher).

5.- El art. 730 del Cód. Civ. y Com., en cuanto limita la condena en costas, no importa la restricción del derecho de propiedad, sino más bien una distribución equitativa del mayor costo en el litigio, sin que afecte al principio de reparación plena al que hace referencia la recurrente (del voto en disidencia de la Dra. Abreut de Begher).

**122.270** — CNCiv., sala D, 30/10/2019. - López, Diego Nicolás c. Cía. de Ttes Río de la Plata S.A. y Otros s/ daños y perjuicios (acc. tran. c/ les. o muerte).

[Cita on line: AR/JUR/35727/2019]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] La Corte Suprema de Justicia de la Nación en “Latino, Sandra Marcela c. Sancor Coop. de Seg. Ltda. y otros s/ Daños y perjuicios”, 11/07/2019, LA LEY, 26/08/2019, 8, sostuvo que el art. 730 del Cód. Civ. y Com., que limita la condena en costas, no afecta el derecho de propiedad ni el derecho a una retribución efectiva por la labor profesional, en tanto el beneficiario de la regulación tiene la posibilidad de reclamarle a su patrocinada el excedente de su crédito por sobre el límite porcentual establecido en la norma; y esto no se ve afectado por la circunstancia de que la patrocinada hubiera obtenido el beneficio de litigar sin gastos, en atención a lo previsto en el art. 84 del Cód. Proc. Civ. y Com. (del dictamen del Procurador Fiscal que la Corte hace suyo).

**2ª Instancia.** — Buenos Aires, 30 octubre de 2019.

*Considerando:*

Han sido elevadas las actuaciones para el tratamiento del recurso deducido a fojas a fojas 741 por la citada en garantía Provincia Se-

guros SA contra la resolución de fojas 739/740 mediante la cual se declaró la inconstitucionalidad del prorrateo previsto por el artículo 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. El escrito de fundamentación obra a fojas 743/745, obrando su contestación a fojas 747/748. El señor Fiscal se expidió a fojas 761/762.

I. El nuevo Cód. Civ. y Com. de la Nación, según ley 26.994, reproduce en el art. 730 la solución incorporada al Código derogado mediante la ley 24.432, que impone un límite al pago de las costas del pleito, judicial o arbitral, derivado del incumplimiento del deudor (conf. Marquez, José Fernando en “Código Civil y Comercial”, dirigido por el Dr. Ricardo Lorenzetti, páf. 27).

No se desconoce que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto de jerarquía legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia y configura un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como “*ultima ratio*” del orden jurídico (conf. CSJN, Fallos: 315:923).

Tampoco que se trata de una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable (conf., CSJN Fallos: 316:2624), y en tanto no exista otro modo de salvaguardar algún derecho o garantía amparado por la Ley Fundamental si no es a costa de remover el obstáculo que representen normas de menor jerarquía (conf., CSJN, “in re” “Mitivie, Carlos M. c. Estado Argentino —Ministerio de Defensa— Instituto de Ayuda Financiera para Pagos de Retiro y Pensiones Militares, noviembre 23-1989, Fallos: 312:2315).

Entonces, “la declaración requiere no sólo la aserción de que la norma impugnada causa agravio, sino también la expresa demostración de tal agravio, que sirva de fundamento a la impugnación en el caso concreto” (Conf. CS, 09/04/1981, “Aranda de Casanova A. y ot. c. Herminda B.; *idem* 30/04/1981, Falcon J. I. c. Gobierno Nacional).

Sentado ello, y por aplicación de lo dispuesto por el art. 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, las partes condenadas en costas se encontrarían exentas de abonar lo que exceda del 25% del monto de la sentencia y, como lógica consecuencia, los letrados ahora apelantes, quienes trabajaron y cuya retribución fue fijada conforme a las pautas arancelarias vigentes, verían mermados sus ingresos en virtud de la limitación establecida, lo que claramente atenta contra el derecho de propiedad y el carácter alimentario de los estipendios.

Lo expuesto comporta lisa y llanamente —según nuestro entender— una disminución de la retribución profesional derivada de los aranceles vigentes en cada jurisdicción, invadiendo potestades propias de las diversas provincias que se reservaron atribuciones exclusivas para la reglamentación en su territorio del ejercicio de distintas profesiones (art. 121 Constitución Nacional), lo que pone en evidencia su manifiesta inconstitucionalidad en tanto conculca lo preceptuado por los artículos 14, 14 bis, 16 y 17 de la CN.

Como lo sostiene Ure, “hacer soportar el abono de ese segmento (referido al porcentaje del 25%) a la parte que tenía razón, defendió su derecho y debido a la actitud de su contraria se vio impulsada a promoverle un juicio que ganó con costas, resulta manifiestamente repugnante al más elemental concepto de lo que es justo, más todavía si se piensa que correlativamente a esa carga extra que se vería compulsado a asumir el triunfador se apoyaría en la liberación graciosa del deudor incumplidor” (Ure, Carlos Ernesto, “La Corte y el tope del 25%...”, LA LEY, T. 2009-F, p. 95).

Entonces, “en cuanto a sus consecuencias, la transgresión constitucional aparece idéntica, tanto si se entiende que el actor triunfador en costas debe abonar una porción de éstas,

que no podrá repetir del vencido, como si se concluye que el letrado que lo defendió, cuyo trabajo es oneroso, debe ser privado de un segmento del emolumento que le corresponde según el Arancel. La existencia de un crédito por honorarios, frente a la inexistencia de un deudor para cancelarlo, por presunta imposibilidad legal, genera una indudable lesión al derecho de propiedad de los profesionales afectados”. (“Honorarios mínimos y prorrateo”, ED, 172-1069).

En definitiva, y para concluir “el control de constitucionalidad no sólo abarca los supuestos en que las normas derivadas son manifiestamente contrarias a las disposiciones de la Carta Magna, sino que además permite su ejercicio cuando aquellas resultan irrazonables, esto es, cuando los medios que arbitran no se adecuan a los fines cuya realización procuran o, cuando consagran una manifiesta inequidad” (CNCiv., Sala L, “Castro, Julia C. c. Cons. Prop. Bogotá 356, esq. Ambrosetti y otros s/ daños y perjuicios, Expte. N° 41.430/2008, del 5 de junio de 2017, ampliación de la Dra. Pérez Pardo).

El doctor Víctor Fernando Liberman se remite, a mayor abundamiento, a sus fundamentos expresados en el fallo de la Sala L, en autos “Driz, Víctor M. c. Aconcagua Transportes SRL s/ daños y perjuicios”, del 25/10/2015, cita Online: AR/JUR/75101/2015.

En consecuencia, de lo hasta aquí expresado, y por los fundamentos que anteceden, corresponde en la especie declarar la inconstitucionalidad del artículo 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación, confirmándose de tal modo, la decisión en crisis.

II. Sentado lo expuesto, y sobre el tema que se debate, la doctora *Abreut de Begher* sostiene una postura diferente, por lo que a continuación manifiesta su disidencia:

En primer lugar, debe recordarse que la declaración de inconstitucionalidad implica un acto de suma gravedad institucional que debe ser considerado como *ultima ratio* del orden jurídico y como una atribución que sólo debe utilizarse cuando la repugnancia con la cláusula constitucional sea manifiesta y la incompatibilidad inconciliable. Como lógico corolario de este principio se deriva que un planteo de tal índole debe contener, necesariamente, un sólido desarrollo argumental y contar con no menos sólidos fundamentos para que pueda ser atendido, no bastando la invocación genérica de derechos afectados.

Por otra parte, cabe señalar que nuestra Constitución no reconoce derechos absolutos, sino limitados por las leyes reglamentarias en la forma y extensión que el Congreso, en uso de su atribución legislativa (arts. 14, 28 y 67 —ahora 75— de la Constitución) lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general (Fallos: 132: 360; 188:105; 249:252; 311:1565; 315:952). El límite de tal reglamentación es la razonabilidad: siendo las leyes razonables no son susceptibles de impugnación constitucional (Fallos: 304:319, 1524; 314: 1376; 315: 2804). Sobre la base de los precedentes de la CSJN puede decirse que la razonabilidad de la reglamentación depende de su adecuación al fin de la ley (Fallos: 243:467 y sus citas; 299:428; 310:495; 314:1376); así, la ley no es pasible de tacha constitucional en tanto no se aparte manifiestamente del texto constitucional (Fallos: 320:875) o consagre una iniquidad manifiesta (Fallos: 283: 98; 297:201).

Desde esta perspectiva, cabe señalar que la limitación establecida en la normativa referida no constituye una restricción irrazonable del derecho de propiedad cuando ella se sujeta al monto por el cual procede la demanda y no cercena el crédito nacido para los profesionales.

La aludida limitación no importa la restricción del derecho de propiedad, sino más bien una distribución equitativa del mayor costo

en el litigio (cfr. CNCiv., Sala I, L., J. A. c. G., J. M. s/ daños y perjuicios, 24/02/2015, Publicado en: Sup. Doctrina Judicial Procesal, 2015 (agosto), 21, Cita online: AR/JUR/14148/2015).

La Corte Suprema de Justicia en el precedente “Villalba” (Fallos: 332:1276) al analizar un planteo de inconstitucionalidad del párrafo agregado por el art. 8 de la ley 24.432 al art. 277 de la ley 20.744 —de contrato de trabajo—, cuyo texto coincide sustancialmente con el aquí impugnado art. 505, último párrafo, del Cód. Civil, siendo ambos resultantes de la ley 24.432, afirmó que: “...la normativa cuestionada tiene un inequívoco sentido de incorporar una limitación con respecto al daño resarcible que debe afrontar el deudor...”, decisión que se manifiesta “...como uno de los arbitrios posibles enderezados a disminuir el costo de los procesos judiciales y morigerar los índices de litigiosidad”, asegurando “la razonable satisfacción de las costas del proceso judicial por la parte vencida, sin convalidar excesos o abusos...”, concluyó en que “...la elección entre el presente u otros medios posibles y conducentes para tales objetivos, constituye una cuestión que excede el ámbito del control de constitucionalidad y está reservada al Congreso...” (cfr. considerando N° 5).

Desde dicha perspectiva, no se advierte que la norma impugnada afecte al principio de reparación plena al que hace referencia la recurrente.

Por otra parte, no se puede dejar de mencionar que el Cód. Civ. y Com. de la Nación, reproduce la norma cuestionada en el último párrafo del art. 730, manteniendo el criterio legal del artículo 505 del Cód. Civil (TO Ley 24.432).

Así las cosas, cabe concluir que no es atribución de los jueces sustituir al Poder Legislativo, dado que el control de constitucionalidad no incluye el examen de la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones, sino que debe limitarse al examen de la compatibilidad que las normas impugnadas observen con las disposiciones de la Ley Fundamental, consideradas éstas como un conjunto armónico, un todo coherente dentro del cual cada parte ha de interpretarse a la luz de todas las demás, evitando que la inteligencia de alguna de ellas altere el equilibrio del conjunto (Fallos: 312:122).

Por los fundamentos que anteceden, el planteo de inconstitucionalidad no puede prosperar.

En razón de lo hasta aquí sentado, oído que fuera el señor Fiscal General, el Tribunal, por mayoría, *resuelve*: I. Declarar la inconstitucionalidad del prorrateo contemplado por el artículo 730 del Cód. Civ. y Com. de la Nación. II. Costas dealzada por su orden en atención a las particularidades que presenta el tema en concreto, además de los diversos criterios existentes sobre el asunto. III. Hágase saber que esta sentencia será enviada al Centro de Información Judicial a los fines de su publicación en los términos de la ley 26.856, su Dec. Reglamentario N° 894/13 y las acordadas 15/13 y 24/13 CSJN. Regístrese, notifíquese y al señor Fiscal General en su despacho. Oportunamente devuélvase. — *Liliana E. Abreut de Begher* (en disidencia). — *Víctor F. Liberman*. — *Patricia Barbieri*.

## Contrato de trabajo

**Despido indirecto injustificado. Injuria. Persecución con motivo de la condición sexual del trabajador. Orfandad probatoria. Rechazo de la demanda.**

Si ninguno de los testigos pudo dar noticias concretas acerca de la modificación

horaria denunciada por el trabajador, habida cuenta de que refirieron que los horarios y días de los empleados no son fijos, sino que, por el contrario, ellos debían guiarse por una cartelera a fin de poder cumplir su jornada laboral, debe rechazarse la demanda por despido fundada en las injurias invocadas, máxime cuando tampoco acreditó la persecución que denuncia con motivo de su condición sexual. [1]

122.271 — CNTrab., sala VII, 23/10/2019. - A., G. A. c. Arcos Dorados Argentina S.A. s/ Despido.

[Cita on line: AR/JUR/38251/2019]

### JURISPRUDENCIA VINCULADA

[1] Ver también. Entre otros: Cámara Nacional de Apelaciones del Trabajo, sala IV, 18/05/2010, “Gatta, Marcelo Alejandro c. COTO S.A.”, IMP 2010-10, 234, AR/JUR/24270/2010.

2ª Instancia. — Buenos Aires, 23 de octubre de 2019.

La doctora *Carambia* dijo:

I. La sentencia de primera instancia que en lo sustancial rechazó el reclamo impetrado con fundamento en las disposiciones de la Ley de Contrato de Trabajo, llega apelada por la parte actora, a tenor de los agravios que expresa a fs. 316/349.

También hay recurso de la Sra. perito contadora quien considera reducidos los honorarios que le han sido regulados (fs. 351/ vta.).

II. En líneas generales la parte actora dice agravarse en tanto la Sra. Juez de grado consideró que no ha acreditado las injurias invocadas para justificar su decisión de rescindir el vínculo.

A mi juicio en el fallo se han analizado adecuadamente todos los elementos fácticos y jurídicos de la causa y no veo en el escrito de recurso, pese al esfuerzo argumental desplegado por la apelante, datos o argumentos que resulten eficaces para revertir sus conclusiones.

En efecto, liminarmente he de recordar que el Sr. A. sostuvo que su otrora empleadora, a raíz de sus constantes reclamos: por discriminación por su condición sexual; por haber denunciado que su licencia obedeció a la manipulación de productos químicos que utilizaban en la empresa —que le ocasionaban problemas en la piel—; por reclamar salarios caídos por la retención de tareas en los términos del arts. 510 y 1201 del Cód. Civil, y por una suspensión de dos días por la que reclamara daño moral, procedió a modificarle unilateralmente la jornada laboral y por ende le redujo el salario. Todo lo cual epilogó en su decisión de rescindir el vínculo por despido indirecto.

Y bien, comparto en un todo la valoración que, de las declaraciones testimoniales ha realizado la sentenciante, en tanto ninguno de ellos pudo dar noticias concretas acerca de la modificación horaria denunciada, habida cuenta de que refirieron que los horarios y días de los empleados no son fijos, sino que por el contrario, ellos debían guiarse por una cartelera a fin de poder cumplir su jornada laboral. En dicha cartelera se publicaban los días y horarios que debían trabajar los empleados.

Se agrega a ello un dato que menciona la “*α quo*” y es que los recibos de sueldo acompañados y el informe contable (fs. 214/233) dieron cuenta de que el actor no trabajaba 25 horas semanales como denunció en la demanda, sino

que su jornada en el último año fue variando cada quincena.

Desde tal perspectiva no puede hablarse de una reducción de la remuneración como pretende la apelante, quien, por lo demás, no cuantifica numéricamente su planteo, no indica a cuánto se habría ido reduciendo su jornada y por ende su remuneración.

En lo que respecta a la persecución que denuncia, con motivo de su condición sexual, el actor no indicó quién lo discriminó, ni en qué circunstancias o situaciones, a lo largo del vínculo laboral, de modo que su pretensión es insuficiente en los términos del art. 65 de la Ley 18.345.

Finalmente, en cuanto a los salarios por suspensión cuyo rechazo objeta, debe tenerse presente que el actor no impugnó el hecho que se le imputara, y menos aún lo hizo en el momento en que se le ofreció realizar el descargo que luce a fs. 66, por él suscripto y luego reconocido a fs. 133.

Ya para concluir, cabe agregar que, las argumentaciones volcadas precedentemente, en mi opinión, brindan adecuado sustento al pronunciamiento que propongo, razón por la cual omitiré el análisis de las demás cuestiones trazadas en la tesis recursiva en estudio, en tanto resultan inconducentes para la postulación que aquí dejo vertida para el caso de ser compartido mi voto. Ello así, en consonancia con lo señalado por nuestro Cíbero Tribunal cuando dejó sentado el criterio de que; “*los jueces no están obligados a seguir y decidir todas las alegaciones de las partes, sino solo a tomar en cuenta lo que estiman pertinente para la correcta solución del litigio*” (conf. Fallo del 30/04/1974 en autos “Tolosa Juan C. c. Cía. Argentina de Televisión SA” pub. en LA LEY, T. 155 p. 750, número 385). Reiterando, de este modo, la doctrina que viene sosteniendo en múltiples ocasiones, merced a la cual se exime —al juzgador— de tratar todas las cuestiones expuestas por los litigantes, así como de analizar los argumentos que, a su juicio, no sean decisivos (Fallos: 272:225; 274:113; 280:320 y 144:611 entre otros).

III. La apelante también cuestiona que en el fallo se hayan declarado las costas en el orden causado, mas no le veo razón en su planteo.

Sabido es que el *principio general* sobre imposición de costas es el de que *la parte vencida deberá afrontar todos los gastos efectuados por su contraria en el juicio*. (art. 68 del Cód. Proc. Civ. y Com. de la Nación). Es lo que se denomina principio del vencimiento objetivo o principio objetivo de la derrota que requiere de que en el litigio haya un “vencedor” y por ende un “vencido” y desecha la injerencia de factores subjetivos. Se basa exclusivamente en el hecho objetivo del vencimiento.

Es decir que la responsabilidad que recae sobre la parte vencida encuentra justificación en la mera circunstancia de haber gestionado un proceso sin éxito, y en la correlativa necesidad de resguardar la integridad del derecho que la sentencia reconoce a la parte vencedora.

Sentado ello, cabe referir que el principio de que las costas habrán de ser soportadas por el vencido en el juicio, admite excepciones.

Entre estas podemos señalar la existencia de determinadas circunstancias de las que podría razonablemente inferirse del litigante vencido pudo considerarse asistido de mejor derecho para reclamar que es lo que ha ocurrido en el presente caso, por lo que propongo se confirme la sentencia en este ítem.

IV. Con relación a los honorarios de los profesionales que trabajaron en autos, entiendo necesario indagar en cada caso en qué época o momento se cumplió la tarea que engendró y sirvió de fundamento a la obligación, ya que esa circunstancia determinará cuál es la legislación aplicable.

Ello debido a que la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa CSJ 32/2009 (45e)/ CS1 originario “Establecimientos Las Marías SACIFA c. Misiones, Provincia de s/ acción declarativa” en el acuerdo del 4 de setiembre de 2018 (manteniendo los Fallos: 321:146; 328:1381; 329:1066, 3148, entre muchos otros) y la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires en el fallo “Morcillo, Hugo H. c. Provincia de Buenos Aires s/ inconst. decr.-ley 9020” de fecha 8 de noviembre de 2017, que remite al criterio adoptado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del precedente que se

registra en el Fallo 319:1915 (mantenido en Fallos: 320:31; 2349 y 2756; 321:146; 330, 532 y 1757; 325:2250), han decidido en ese sentido.

En dichos casos se determinó que, frente a una nueva norma arancelaria, como la que en el caso nos ocupa —Ley 27.423 (BO del 22/12/2017), promulgada por Decreto 1077/2017, que contiene, en su Art. 7, una observación del Art. 64—, la remuneración por la labor en los juicios debe determinarse tomando en cuenta las etapas del proceso cumplidas. Resulta necesario, entonces, ante la entrada en vigor de un nuevo ordenamiento arancelario, discriminar aquellas realizadas durante la vigencia del régimen anterior, de las que se hicieron a partir de la operatividad del nuevo sistema.

En el caso en análisis, en tanto los trabajos profesionales, por la labor cumplida en la primera instancia, se iniciaron estando en vigencia la Ley 21.839, el Art. 38 de la ley 18.345, el Art. 13º de la ley 24.432; DL 16.638/57; habrán de utilizarse las normas arancelarias allí contenidas.

Sobre dicha base, advierto que los emolumentos regulados a los profesionales intervinientes lucen adecuados al mérito y extensión de la labor desarrollada por cada uno de ellos, por lo que propongo su confirmación.

V. De tener adhesión mi voto, sugiero que las costas de alzada también sean declaradas en el orden causado, y se regulen honorarios a los letrados intervinientes en el ...% de los determinados para la primera instancia (arts. 16 y 30 de la Ley 27.423).

El doctor *Rodríguez Brunengo* dijo:

Por compartir sus fundamentos, adhiero al voto que antecede.

El doctor Luis Alberto Catardo no vota (art. 125 de la Ley 18.345).

A mérito de lo que resulta del precedente acuerdo el Tribunal resuelve: 1) Confirmar el fallo en todo cuanto ha sido materia de agravios, incluso en lo relativo a costas y honorarios. 2) Costas de alzada en el orden causado. 3) Regular honorarios a los letrados intervinientes en el ...% de los determinados para la primera instancia. 4) Oportunamente, cúmplase con lo dispuesto en el art. 1º de la Ley 26.856 y con la Acordada de la CSJN Nº 15/2013. Regístrese, notifíquese y devuélvase. — *Néstor M. Rodríguez Brunengo*. — *Graciela L. Carambia*.

## EDICTOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nº 12 a cargo del Dr. Hernán Diego Papa, Secretaría Nº 24, a cargo del Dr. Ricardo D. Zmuda, Secretario Ad-Hoc, sito en la calle M. T. Alvear 1840, P.B., C.A.B.A., comunica por cinco días que con fecha 21/10/2019 se decretó la apertura del Concurso Preventivo de “LEVY HARA JOSÉ s/SUCESIÓN AB INTESTATO s/CONCURSO PREVENTIVO” Expte. Nº 25367/2019, C.U.I.T. Nº 20043326164, debiendo los acreedores solicitar la verificación de sus créditos y presentar los títulos justificativos hasta el 11/12/2019, ante la síndico Alicia Zurrón, con domicilio en la calle Talcahuano 638, 2º “E”, CABA. La sindicatura presentará los informes de los arts. 35 y 39 LC el 02/03/2020 y el 17/04/2020 a las 10

hs., venciendo el período de exclusividad el 20/10/2020. Publíquese por cinco días en el Boletín Oficial y en el Diario LA LEY.

**Buenos Aires, 7 de noviembre de 2019**  
Ricardo D. Zmuda, sec.  
**LA LEY: I. 25/11/19 V. 29/11/19**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 2, Secretaría Nº 4, sito en la calle Libertad 731, piso 4to. –Capital Federal–, informa que la Sra./Sr. KNGKUN MOST JASMIN de nacionalidad bangladeshi, D.N.I. Nº 95.699.032, ha iniciado los trámites para obtener la ciudadanía argentina. Cualquier persona que conozca algún impedimento al respecto deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces en un lapso de 15 días.

**Buenos Aires, 31 de octubre de 2019**

María Fernanda De Gouvea, sec. int.  
**LA LEY: I. 25/11/19 V. 25/11/19**

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal Nº 5, Secretaría Nº 10, sito en Libertad 731, piso 10º de Capital Federal, hace saber que PINTO NOGALES JUAN CARLOS, DNI: Nº 92.964.714 de nacionalidad boliviano y de ocupación chofer, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días.

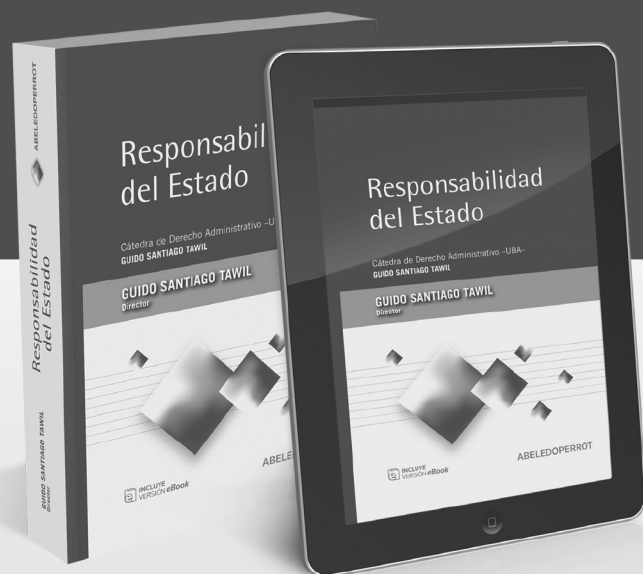
**Buenos Aires, 19 de septiembre de 2019**  
M. Andrea Salamendy, sec.  
**LA LEY: I. 25/11/19 V. 25/11/19**

THOMSON REUTERS  
**LA LEY**

Información confiable  
que avala sus argumentos.

# RESPONSABILIDAD DEL ESTADO

Guido Santiago Tawil




 1 tomo + eBook




Una obra colectiva que se ocupa de la responsabilidad del Estado desde las más variadas perspectivas, privilegiando la diversidad de las visiones que caracteriza la actividad universitaria, amalgamada en la homogeneidad de sus valores y el compromiso común con la enseñanza, el debate académico y la investigación.

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

the answer company™  
**THOMSON REUTERS®**



Seguí nuestra nueva página de  **LinkedIn** con **contenido específico** para Abogados.

 ThomsonReutersLaLey  
 @TRLaLey  
 ThomsonReutersLatam