Buenos Aires, jueves 10 de junio de 2021 • ISSN 1666-8987 • **Nº 15.091** • **AÑO** LIX • ED 292

EL DERECHO

Director: Alejandro Borda

Consejo de Redacción:
Gabriel Fernando Limodio
Pablo María Garat
Luis María Caterina
Martín J. Acevedo Miño
Daniel Alejandro Herrera
Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

Divorcio:

Separación de hecho: disposición de bienes gananciales; poder revocado; dolo; precio de venta; inclusión en la liquidación de bienes; rendición de cuentas; recompensas; concepto; admisión; presupuestos.

NF **Con nota a fallo**

1 – En virtud de que los bienes que fueron declarados judicialmente como integrantes de la sociedad conyugal no son importantes ni explotados, que los dos únicos bienes productores de frutos, uno de ellos –garaje– fue vendido por el exesposo a su cuñada (y hermano), aunque luego siguió cobrando alquileres, y que el otro fue donado a su hija mayor –ya casada–, no puede sino concluirse que, respecto de la administración y disposición de los bienes de la comunidad, el demandado obró con dolo, con el objeto de que la actora no pudiera percibir absolutamente nada de los bienes de la comunidad luego de la separación de hecho, para lo cual no dudó en recurrir a familiares e hijos. Ello es así, pues la actora fue excluida de toda posibilidad de administrar o percibir frutos de los bienes comunes, mediante la utilización de un poder anterior que había otorgado oportunamente a su esposo y que revocó apenas unos días después de esas operaciones escriturarias, realizadas casi inmediatamente de producida la separación de hecho, y en este contexto de violencia económica y psicológica ejercida sobre la actora por el exesposo y, sin perjuicio de los hechos de uno o de ambos que pudieron llevar a la separación de hecho, lo cierto es que era el demandado quien debía aportar al proceso la explicación detallada de todo lo acontecido con los bienes más importantes de la comunidad, toda vez que la actora no tenía antes ni tuvo después acceso alguno a la administración o disposición de estos.

2 – Las recompensas son créditos que deben considerarse en la liquidación de la sociedad conyugal, generados por el incremento del patrimonio propio de uno de los esposos a costa de la comunidad, o por el aumento del haber ganancial en detrimento del patrimonio propio de uno de los cónyuges.

3 – Debe admitirse el derecho de recompensa siempre que sea necesario restablecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, evitando que el haber propio aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial. También procederán en los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores que en su origen fueron gananciales.

4 – Atento a que la venta del inmueble ganancial se produjo aproximadamente un mes después de que se produjera la separación de hecho de las partes mediante la utilización de un poder anterior que la actora le había otorgado a su exesposo y que revocó apenas unos días después de la operación escrituraria, no habiendo el demandado acreditado la existencia de boleto alguno, ni eventual modalidad de pago, ni recibos por pagos parciales, debe interpretarse que tanto la seña como el saldo se percibieron luego de la separación de hecho y en el acto escriturario. En consecuencia, la suma del precio de venta que indica la respectiva escritura debe incluirse en la liquidación de bienes de la comunidad; súmese a ello que fueron percibidas por el demandado, en nombre de propio y de la actora, sin que se haya probado que esta percibiera la parte proporcional que le correspondía.

5 – Atento que el demandado actuó utilizando el poder que la actora le había otorgado durante el matrimonio y que, en el marco de la separación de hecho de las partes, fue revocado cinco días después de la venta del inmueble, sin que quien actuó como mandatario negara la percepción del dinero en la escrituración ni alegara y probara haber participado a

NF

Recompensa en favor de la comunidad: sentencias antagónicas en un caso discutible y que admite otros enfoques

por Jorge A. M. Mazzinghi

Sumario: I. Introducción. – II. Los hechos y las fechas en que estos ocurrieron. – III. La pretensión de la actora. – IV. La solución de la sentencia de primera instancia. – V. El fallo de la excelentísima Cámara. – VI. La transposición o la analogía en la valoración de las conductas. – VII. El camino de la rendición de cuentas y la eventual configuración de un supuesto de fraude.

I. Introducción

Las recompensas, que estaban previstas en el Código Civil de Vélez Sarsfield, adquirieron un protagonismo mayor y merecieron una regulación más detallada en el Código Civil y Comercial que rige a partir del mes de agosto de 2015.

El sentido de las recompensas es preservar la integridad de las masas de bienes propios y gananciales, impidiendo que uno de los cónyuges se favorezca a expensas de la comunidad, o que esta se beneficie a costa del patrimonio propio de alguno de los cónyuges.

La idea es que, al tiempo de la partición de la comunidad, el cónyuge que se ha empobrecido o que ha visto reducida la masa de sus bienes propios, obtenga una compensación de parte de la comunidad, y que, de igual manera, esta pueda pretender una recompensa cuando uno de los cónyuges se ha favorecido en detrimento de la comunidad.

El propósito de las recompensas es restablecer el equilibrio entre la masa de bienes propios de los cónyuges y la masa de los gananciales[1].

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *El régimen patrimonial del matrimonio en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación*, por Agustina Cagnasso, EDFA, 71/-8; *Con respecto a la calificación de bienes en propios y gananciales*, por Eduardo A. Sambrizzi, ED, 246-530; *El pedido de restitución del inmueble contra el exconcubino no titular*, por Ignacio M. Bravo D'André, ED, 250-267; *Uniones convivenciales y vivienda familiar*, por Claudio A. Belluscio, ED, 263-705; *Asentimiento conyugal genérico y anticipado en fraude al régimen de comunidad. Posición del Código*, por Nahuel Bay, EDFA, 75/-25; *Algunas consideraciones sobre el régimen de la vivienda en el Código Civil y Comercial de la Nación*, por Paola Amestoy, EDFA, 66/-16; *Afectación del inmueble al régimen de vivienda. Subrogación real y sustitución*, por Juana Beatriz Mazzei, ED, 272-671; *Disposición sobre la vivienda y otros bienes gananciales: asentimiento conyugal, nulidad, caducidad y fraude*, por Jorge A. Mazzinghi, ED, 276. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(1) Borda se apoya en Pothier para explicar el sentido de las recompensas: "El origen de la teoría de las recompensas se sitúa en el siglo XVI (Costumbre de París, art. 132; Costumbre de Orleans, art. 192) y fue enunciada por Pothier en dos reglas esenciales que constituyen la médula del sistema incorporado al Código de Napoleón: cada uno de los cónyuges es, al tiempo de la disolución de la comunidad, acreedor de todo aquello con lo cual ha enriquecido a la comunidad a sus expensas, durante el tiempo en que ella ha durado; y a la inversa, todas las veces que uno u otro de los cónyuges se ha enriquecido a expensas de la comunidad, él le debe recompensa" (Borda, Guillermo A., *Tratado de Derecho Civil, Familia*, T. I, 10ª edición actualizada por Guillermo J. Borda, La Ley, 2008, p. 389.)

CONTENIDO

DOCTRINA

La recusación de los jueces de la Corte IDH: casos, vacíos y propuestas. Segunda parte, **por Jorge Alejandro Amaya y Gabriel Fidel** 6

NOTA

Recompensa en favor de la comunidad: sentencias antagónicas en un caso discutible y que admite otros enfoques, **por Jorge A. M. Mazzinghi** 1

JURISPRUDENCIA

Civil

Divorcio: Separación de hecho: disposición de bienes gananciales; poder revocado; dolo; precio de venta; inclusión en la liquidación de bienes; rendición de cuentas; recompensas; concepto; admisión; presupuestos **(CNCiv., sala L, diciembre 11-2020)** 1

Seguro: De responsabilidad civil: franquicia; inoponibilidad al damnificado; límite de cobertura; insignificancia; inadmisibilidad **(CNCiv., sala F, abril 6-2021)** 6

COLUMNA LEGISLATIVA 8

CUENTA Nº 13.547
CASA C
ARGE

su excónyuge de esta, corresponde concluir que ello importó una carga de rendirle cuentas respecto de una transacción en la que el accionado actuó en su nombre. De modo que deben incluirse en la masa a liquidar las sumas correspondientes al producido de la venta del inmueble que tuvo lugar con posterioridad a la disolución del régimen común.

6 – El derecho a recompensa resulta de la esencia del régimen de comunidad de gananciales que, a su disolución, debe formar una masa de bienes integrada por las adquisiciones no gratuitas, de uno y otro de los cónyuges, realizadas desde la celebración del matrimonio hasta la disolución de la sociedad conyugal. Esa masa común de ganancias netas, deducidas las pérdidas y gastos, se dividirá por mitades entre los esposos o sus sucesores; en consecuencia, se deberán recompensas o compensaciones siempre que la comunidad haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen propios de cualquiera de los cónyuges y también procederán en los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen gananciales.

7 – Toda vez que el demandado no probó haber desinteresado a la actora del producido de la venta de un inmueble ganancial producida con posterioridad a la separación de hecho, con lo cual incrementó su patrimonio propio con valores de origen ganancial o en perjuicio de la masa ganancial, no cabe más que concluir que debe incluirse en la masa a liquidar las sumas correspondientes al producido de la venta del referido inmueble. M.M.F.L.

60.706 – CNCiv., sala L, diciembre 11-2020. – P. B. L. B. c. L. R. M. s/liquidación de régimen de comunidad de bienes.

En Buenos Aires, a 11 de diciembre de dos mil veinte, encontrándose reunidos en Acuerdo los Señores Jueces de la Sala "L" de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil a fin de pronunciarse en el expediente caratulado "P. B. L. B. c/ L. R. M. s/ Liquidación de Régimen de Comunidad de Bienes" de acuerdo al orden del sorteo la Dra. *Pérez Pardo* dijo:

I. Contra la sentencia de fs. 242/247 (de fecha 22/05/20), recurre la actora el día 18/08/20, por los agravios que expone el 11/09/20, contestados el 17/09/20.

II. En la instancia anterior se hizo lugar parcialmente a la demanda y se declaró que la comunidad de bienes ya disuelta, se componía de los siguientes bienes gananciales: 1) Inmueble sito en Av. Pueyrredón … de CABA; 2) 50 % del inmueble sito en Venezuela … de CABA; 3) lote de terreno ubicado en Barrio Parque República, Depto. Capital, Provincia de Córdoba; 4) inmueble sito en Santa María, Provincia de Córdoba Fº Real … al 53, dominio …; 5) inmueble sito en Santa María, Provincia de Córdoba Fº Real …, dominio …; 6) lote de terreno ubicado en pueblo Manfredi, … y …, Dto. de Río Segundo, Provincia de Córdoba, matrícula …; 7) el lote de terreno … de la manzana … de pueblo Manfredi, Dto. de Río Segundo; 8) lote … manzana … de la ciudad de Alta Gracia, Dpto. Santa María; 9) fracción de terreno designada como lote … de la manzana … ubicada en la ciudad de Alta Gracia, Dpto. Santa María; 10) lote AZ de la manzana … de la ciudad de Villa María, Dpto. Gral. San Martín; 11) lote … de la manzana … de pueblo Manfredi, Dpto. Río Segundo; 12) porción de terreno en la ciudad de Alta Gracia, Dpto. de Santa María, matrícula … y 13) lote … de la manzana … de la ciudad de Alta Gracia, Dpto. Santa María. Asimismo, los siguientes automotores: 1) Automóvil dominio …; 2) Vehículo dominio…; 3) el automotor dominio…; 4) el automotor …, y 5) el vehículo dominio...

La sentencia desestimó el pedido de recompensa que hizo la actora por la venta del automotor dominio …, por la venta del inmueble ubicado en la calle Salcedo … de CABA, y por los frutos obtenidos en la explotación del referido inmueble, que funcionaba como garaje o estacionamiento.

Las costas del proceso fueron impuestas en el orden causado.

En el caso que ahora nos ocupa –resuelto por la Sala "L" de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil–, se admite el reclamo formulado por uno de los cónyuges bajo el rótulo de una recompensa que es cuestionable. La sentencia de 1ª instancia había desestimado la procedencia de la recompensa pretendida.

El caso es bastante particular, requiere un análisis cuidadoso de los hechos principales, y una valoración de los planteos y de las soluciones jurídicas.

II. Los hechos y las fechas en que estos ocurrieron

Los cónyuges habían contraído matrimonio el 5 de septiembre de 1986 y habían tenido ocho hijos en común.

En septiembre del año 2000, la cónyuge había adquirido un inmueble en la calle Salcedo, ciudad de Buenos Aires, inmueble que ostentaba carácter ganancial.

El 8 de junio de 2006, la mujer le había otorgado a su marido un poder general amplio de administración y disposición.

En noviembre de 2009, el apoderado había enajenado el bien, suscribiendo un boleto que no fue presentado en los autos.

El 24 de enero de 2012 tuvo lugar la separación de hecho de las partes.

El 7 de marzo de 2016 se dictó sentencia de divorcio, la que produjo la extinción retroactiva de la comunidad al 24 de enero de 2012.

El 24 de febrero de 2012, el cónyuge (mandatario) otorgó por poder la escritura de venta del inmueble de la calle Salcedo, en la ciudad de Buenos Aires. La adquirente del bien fue la cuñada del enajenante, y en la escritura se hizo referencia a un boleto anterior, y a que la mayoría del precio se había percibido "antes de ahora con excepción de la última cuota que se abona en este acto".

El 29 de febrero de 2012, la cónyuge revocó el poder que le había dado a su marido seis años antes.

III. La pretensión de la actora

El juicio de liquidación del régimen de comunidad de bienes lo promueve la cónyuge.

Realiza una serie de planteos, pero, en lo que aquí interesa, pretende que el precio obtenido por la venta de Salcedo –un importante bien en la ciudad de Buenos Aires donde funcionaba un garaje– debe formar parte de la comunidad y distribuirse entre los cónyuges.

La accionante aduce que su marido retuvo para sí la totalidad del precio de venta, y que, de esta manera, ha obtenido un beneficio injustificado, acrecentando la esfera de sus bienes propios, y causándole un perjuicio a la comunidad.

El reclamo procura el reconocimiento de una recompensa, a la luz de lo que establece el art. 491 del Código Civil y Comercial, conforme al cual el cónyuge le debe una recompensa a la comunidad "si se ha beneficiado en detrimento del haber de la comunidad".

La actora sostiene que el beneficio de su exmarido resulta de la percepción del precio y su aprovechamiento exclusivo.

El encuadre de la pretensión de la cónyuge como una recompensa tiene connotaciones e implicancias singulares.

Porque, de ordinario, las recompensas proceden cuando, durante la vigencia de la comunidad, la masa de los bienes propios experimenta un incremento o una ventaja palpable, o la comunidad se beneficia a costa del patrimonio propio de alguno de los cónyuges.

Son situaciones rotundas y explícitas(2). Si uno de los cónyuges enajena un bien propio y adquiere uno nuevo de mayor valor, aplicando a la compra el producido de la venta del bien propio anterior y una suma adicional o complementaria de carácter ganancial –inferior al 50 %–, el bien será propio, pero la comunidad tendrá derecho a una recompensa en función del dinero ganancial volcado a la adquisición del inmueble(3).

Si en un inmueble ganancial se realizan mejoras con fondos propios de uno de los cónyuges, el titular de los fondos tendrá derecho a una recompensa contra la comunidad porque esta se ha beneficiado, en concreto, a raíz del aporte propio(4).

Lo mismo ocurre si se utilizan o aplican fondos gananciales para terminar de abonar un bien cuya causa de adquisición fue anterior a la celebración del matrimonio, o si se cancela una deuda personal con fondos gananciales, o una deuda de la comunidad con dinero propio(5).

En el caso que estamos comentando, no hay una mejora tangible de los bienes propios a costa de la comunidad ni un incremento de esta a expensas de los bienes propios de alguno de los cónyuges.

La pretensión se esgrime como una recompensa pero, en el fondo, lo que reclama la accionante es que su marido le rinda cuentas y le dé una explicación suficiente sobre el destino de los fondos que percibió por la enajenación, por poder, de un bien ganancial.

Repasando las fechas consignadas en el capítulo II de este breve trabajo, hay que tener en cuenta que el boleto de venta del inmueble se habría suscripto en el año 2009, dos años antes de la separación de hecho, y que la escritura se firmó en febrero de 2012, cuando los cónyuges acababan de separarse de hecho, y cuatro años antes de que se decretase el divorcio de las partes.

IV. La solución de la sentencia de primera instancia

La sentencia de primera instancia, dictada en mayo de 2020, desestima el reclamo de la actora respecto del precio de venta del inmueble de la calle Salcedo.

Al fundar el rechazo, expresa el juez: "Lo único acreditado de modo fehaciente en la causa es la transmisión del dominio del inmueble en cuestión, conforme surge de la copia simple de escritura que luce a fs. 37/39 y que se encuentra ratificada por el informe de dominio expedido por el Registro de la Propiedad Inmueble de fs. 95/97. De allí, más allá de idénticas consideraciones que puedan efectuarse como lo hice en el considerando IV en relación al acto jurídico por el que se constituyera el derecho real de usufructo sobre el inmueble de Avda. Pueyrredón …, no puede admitirse recompensa alguna respecto de un bien que fuera vendido vigente la comunidad. Máxime cuando ninguna acción judicial tendiente a cuestionar aquel acto jurídico ha iniciado la actora. De lo expuesto, no encuentro acreditados en autos extremos que justifiquen la admisión de algún derecho de recompensa".

Parece bastante claro que el juez advierte las irregularidades en la relación entre los cónyuges y en el ejercicio del mandato conferido por la mujer en favor de su marido, pero, en función del encuadre de la demanda promovida, entiende que no se configura un supuesto en el que pueda admitirse la procedencia de una recompensa en favor de la comunidad.

El inmueble de la calle Salcedo habría sido prometido en venta bastante antes de la separación de hecho de las

(2) El único supuesto en el que la recompensa tiene una fisonomía borrosa y menos categórica es el que está regulado en el segundo párrafo del art. 491 del Código Civil y Comercial: "Si durante la comunidad uno de los cónyuges ha enajenado bienes propios a título oneroso sin reinvertir su precio se presume, excepto prueba en contrario, que lo percibido ha beneficiado a la comunidad". Hay un hecho cierto, que es la venta de un bien propio, pero la recompensa se configura sobre la base de una presunción de que los fondos percibidos favorecieron el giro o el desenvolvimiento de la comunidad.

(3) Así lo establece el art. 464, inciso c), del Código Civil y Comercial: "Son bienes propios (…) los adquiridos por permuta con otro bien propio, mediante la inversión de dinero propio, o la reinversión del producto de la venta de bienes propios, sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad si hay un saldo soportado por esta".

(4) El art. 465, inciso m), del Código Civil y Comercial considera como bienes gananciales a "los incorporados por accesión a las cosas gananciales, sin perjuicio de la recompensa debida al cónyuge por el valor de las mejoras o adquisiciones hechas con sus bienes propios". El precepto tiene como antecedente lo que establece el art. 1359 del Código Civil de España.

(5) El art. 464, inciso k), del Código Civil y Comercial dispone que "son propias las partes indivisas adquiridas por cualquier título por el cónyuge que ya era propietario de una parte indivisa de un bien al comenzar la comunidad, (…) sin perjuicio de la recompensa debida a la comunidad en caso de haberse invertido bienes de esta para la adquisición".

III. Los agravios de la actora-apelante giraron solo sobre la desestimación del derecho a recompensa, respecto de la venta y frutos no percibidos del inmueble sito en la calle Salcedo … con salida también por Virrey Liniers … al 99 e Inclán…, unidad 3 de planta baja de Capital Federal, donde funcionaba un garaje/playa de estacionamiento, al cual se refiere el certificado de dominio fs. 21/23. Asimismo, la apelante se agravió respecto de la imposición de costas.

IV. No se encuentra cuestionado que el matrimonio que habían constituido las partes y del cual nacieron ocho hijos –cinco de los cuales eran aún menores de edad al momento de la separación– fue disuelto por sentencia del 7/3/2016, razón por la cual corresponde aplicar la normativa vigente al momento en que se disolvió la sociedad conyugal, es decir, la que surge del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación.

En efecto las partes contrajeron matrimonio el 05/09/1986 (v. fs. 6); se dictó la sentencia de divorcio el 7/03/2016 (v. fs. 3), y en función de lo normado por el art. 480 del CCyCN, la disolución tuvo efectos retroactivos a la fecha de separación de hecho, reconocida por ambas partes, el día 24 de enero de 2012 (ver fs. 7/8, cuyo original obra en el expte. conexo sobre homologación Nº 53795/16 del Juzg. Civil Nº 25).

De modo que la comunidad de ganancias quedó disuelta el día 24 de enero de 2012, fecha de la separación de hecho de los cónyuges.

Debo recordar que los jueces no están obligados a analizar todas y cada una de las argumentaciones de las partes, ni tampoco cada medida de prueba; sino solamente aquellas que sean conducentes y posean relevancia para decidir el caso, según la forma en que ha quedada trabada la relación procesal (CSJN, Fallos: 144:611; 258:304, 262:222, 265:301, 272:225, 274:113, 276:132, 280:3201, 303:2088, 304:819, 305:537, 307:1121, entre otros).

V. El juez de grado desestimó la pretensión respecto del reclamo de recompensas por frutos no percibidos y venta del inmueble situado en la calle Salcedo … de CABA, donde funcionaba un estacionamiento. El juez consideró que no se ha producido prueba de que la explotación haya arrojado un beneficio a la comunidad, y que lo percibido por el demandado fuera en detrimento de la actora. Asimismo, desestimó el reclamo respecto del producido de la venta de dicho inmueble, por considerar que se realizó durante la vigencia del régimen común de bienes y el hecho no había merecido cuestionamiento judicial de la actora.

Sobre esto se agravió la Sra. P., alegando que la comunidad de bienes concluyó el día 24/01/2012 y dicho inmueble fue escriturado con fecha 24/02/12, tal como el propio demandado reconoció (v. fs. 42 vta. y 43), y momento en el cual se canceló la totalidad del precio convenido. Considera así que debió ser incluido en la masa de bienes a liquidar, ya que el precio fue percibido por el de-

FONDO EDITORIAL

ESTEBAN MARÍA MAZZINGHI
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN
Derechos y deberes de los cónyuges
ISBN 9789873790966
139 páginas
2019

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

partes y se escrituró en virtud de un poder que se hallaba vigente y en regla.

El juez considera que no se hallan reunidos los presupuestos que permiten admitir la procedencia de una recompensa, y aclara, con justeza, que la norma del art. 492 del Código Civil y Comercial establece que "la prueba del derecho a recompensa incumbe a quien la invoca, y puede ser hecha por cualquier medio probatorio"[6].

V. El fallo de la excelentísima Cámara

Respecto del tema que nos ocupa, la excelentísima Cámara, por la Sala "L", revoca la sentencia de 1ª instancia y admite "el pedido de recompensa respecto del producido de la venta del inmueble de Salcedo 3405, Capital Federal, que se incluye dentro de la comunidad de bienes a liquidar, y que devengará intereses a la tasa activa del Banco Nación desde la fecha de la escrituración al efectivo pago".

En un enfoque más amplio –y con menor rigurosidad técnica–, el Tribunal de Alzada considera que el reclamo de la accionante se halla suficientemente fundado, y que corresponde admitir la recompensa pretendida por la cónyuge en favor de la comunidad.

Como consecuencia de ello, al efectuar las cuentas definitivas de la partición, tendrá que computarse el precio obtenido por la venta del inmueble de Salcedo, y atribuirse este valor –y los intereses– por partes iguales entre los cónyuges.

La sentencia de Cámara destaca que la escrituración del inmueble se produjo un mes después de la separación de hecho de las partes y, sobre el final del considerando VII, afirma: "En el caso concreto de la venta del inmueble ganancial, y toda vez que el demandado no probó haber desinteresado a la actora del producido, con lo cual incrementó su patrimonio propio con valores de origen ganancial o en perjuicio de la masa ganancial, no cabe más que concluir que debe modificarse lo decidido y hacer lugar a este aspecto de los agravios".

En la visión del Tribunal, el hecho de que el marido no hubiera probado, de un modo concluyente, que le entregó a la cónyuge, su mandante, el precio de la venta de Salcedo, importa un acrecentamiento de la masa de bienes propios en desmedro de la comunidad, lo que daría lugar a la recompensa pretendida por la accionante[7].

VI. La transposición o la analogía en la valoración de las conductas

Al fundar su pronunciamiento, la Sala "L" tiene en cuenta que, en la distribución de los roles familiares, el marido estaba a cargo del manejo de los bienes, que, contemporáneamente con la separación de hecho, la accionante había puesto en marcha un proceso de violencia familiar, y que había existido también un proceso penal por impedimento de contacto en el que el demandado había aceptado la "probation".

La Cámara considera o interpreta que esta conducta cuestionada o censurable del marido en el plano de las relaciones personales y de la comunicación con los hijos, se proyecta y debe incidir en la valoración del comportamiento observado por el demandado en el ámbito de la administración de los bienes comunes, el régimen patrimonial del matrimonio, y en los conflictos derivados de la partición de la comunidad.

La sentencia lo expresa con claridad en dos párrafos que conviene transcribir: "Ello genera una presunción en su contra en función del principio de la carga dinámica de la prueba que cabe aplicar al caso, muy especialmente en el marco del presente contexto familiar, de la distribución de roles familiares que se atribuyeron, de la existencia del proceso de violencia familiar y de las constancias del proceso penal de impedimento de contacto, en el cual resultó procesado y concluyó por 'probation'. En igual sentido en que se pronunciaron los jueces penales sobre el accionar del progenitor respecto del contacto de la madre y sus hijos, entiendo que también respecto de la administración y disposición de los bienes de la comunidad el Sr. L. obró con dolo, con el objeto de que la actora no pudiera percibir absolutamente nada de los bienes de la comunidad luego de la separación de hecho, para lo cual no dudó en recurrir a familiares e hijos"[8].

Es como si los defectos o los errores de las partes debieran tener una suerte de efecto expansivo, o globalizador, repercutiendo en los aspectos más diversos de la relación, los vinculados a la relación conyugal en sí, los referidos al ejercicio de la responsabilidad parental, y los relacionados con el manejo y la distribución de los bienes.

El razonamiento es ciertamente riesgoso.

Yo creo que el derecho y los jueces tienen que valorar, con profundidad y con cuidado, la conducta de las partes, que no todo da lo mismo, que las intenciones y los propósitos tienen una relevancia innegable, pero estos criterios –sanos en sí mismos– no pueden llegar al extremo de proyectar determinadas actitudes o comportamientos a ámbitos absolutamente extraños, condenando por extensión o adjudicando rótulos que importan una descalificación general e irrevisable[9].

El hecho de poner en marcha una denuncia por violencia familiar, o por impedimento de contacto, no implica acceder a una categoría de víctima ni colocar al denunciado como la encarnación de lo negativo o de lo disvalioso. Hay que ver. En muchas situaciones, las denuncias de violencia familiar o de impedimento de contacto están animadas por intereses materiales o estratégicos, buscan obtener una ventaja procesal en un debate más amplio, y es peligroso asumir que, en las relaciones familiares, de por sí complejas, hay personas que son siempre malas, en todos los ámbitos, y otras que representan la quintaesencia de la virtud.

Puede ser que la apreciación de la excelentísima Cámara tenga, en el caso, cierta verosimilitud y hasta algún acierto, pero su formulación en abstracto o su generalización es peligrosa y puede llevar a resultados no siempre justos.

VII. El camino de la rendición de cuentas y la eventual configuración de un supuesto de fraude

Está claro que, en el marco del proceso de liquidación de la comunidad, lo que buscaba la actora era que se incluyera dentro de la partición el producido de la venta del inmueble de la calle Salcedo que ella había adquirido durante el matrimonio y que era un bien ganancial.

El inmueble, un importante garaje en la ciudad de Buenos Aires, había sido vendido por poder por el marido, un mes después de la separación de hecho.

(6) En el caso, la accionante adujo no haber recibido de su marido el producido de la venta, pero no acreditó que este hubiera retenido los fondos o que los hubiera invertido en beneficio de la masa de sus bienes propios. Al respecto, y teniendo en cuenta que en la escritura las partes aluden a la firma de un boleto anterior, y al pago anticipado del precio, bien podría haber ocurrido que el mandatario le entregase el producido de la venta a su mujer de un modo informal, o sin recibo, o que decidiesen consumir el precio en beneficio de la comunidad.

(7) Es importante tener en cuenta que entre las obligaciones del mandatario no está la de entregarle al mandante lo recibido en virtud del mandato. El art. 1324, inciso e), del Código Civil y Comercial solo habla de "dar aviso al mandante de todo valor que haya recibido en razón del mandato, y ponerlo a disposición de aquel". Tratándose de cónyuges, puede suponerse que la titular del inmueble podía estar al tanto de la operación.

(8) El dolo requiere una prueba expresa y categórica y no puede admitírselo como una derivación de otros comportamientos verificados en otros ámbitos y circunstancias. El art. 1724 del Código Civil y Comercial define al dolo como "la producción de un daño de manera intencional o con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos", y el art. 1734 del mismo Código establece que los factores de atribución subjetivos, y el dolo con mayor razón, deben ser acreditados por quien los alega.

(9) En otros trabajos, he sostenido que el grosero incumplimiento de los deberes matrimoniales podría impedirle al cónyuge responsable de tales inconductas el reclamo de una compensación económica, o que, no habiendo hijos menores, la violación de los deberes propios del matrimonio podría evaluarse, entre otras pautas, para definir la atribución del hogar conyugal. Pero en estos supuestos, se trata siempre de la valoración de la conducta de los cónyuges en su relación personal. En el caso que ahora nos ocupa, se estarían proyectando actitudes o comportamientos que hacen al vínculo conyugal o a la comunicación con los hijos a temas de estricto corte patrimonial, lo que parece una exageración.

mandado en la oportunidad del acto escriturario producido con posterioridad a la disolución de la sociedad conyugal; de modo que el accionado debió rendir cuentas de ello y compensarla por el porcentual que a ella le correspondía sobre el precio.

VI. Es preciso recordar que el artículo 377 del Código Procesal prevé que incumbirá la carga de la prueba a la parte que afirme la existencia de un hecho controvertido o de un precepto jurídico que el Juez o Tribunal no tenga el deber de conocer. Cada una de las partes deberá probar el presupuesto de hecho de la norma o normas que invocare como fundamento de su pretensión, defensa o excepción. Ahora bien, habrá de ser en principio la parte actora quien debe probar los hechos constitutivos de su pretensión procesal, por ser aquella la que puso en funcionamiento el aparato jurisdiccional del Estado y quien más interés posee en demostrar la pertinencia de su pretensión. La carga de la prueba es una circunstancia de riesgo que consiste en que quien no demuestre los hechos que debe probar, pierda el pleito (conf. Couture, Eduardo J. "Fundamentos del derecho procesal civil", Depalma, pág. 242).

A fs. 18/23 se agregó informe de dominio del inmueble de Salcedo …, del cual surge que fue adquirido por la Sra. S., N. C., casada en primeras nupcias con M. E. L., mediante escritura del día 24/02/12 (v. asiento 12, de fs. 212 vta.), es decir, que se trata de una venta a familiares del ex esposo (su cuñada, según posición 57 de fs. 106).

Al contestar demanda, el accionado manifestó que dicho inmueble había sido enajenado por boleto de compraventa el día 12 de noviembre de 2009, y que la parte compradora canceló en el acto escriturario la totalidad del precio convenido. Dijo también que el bien no se explotaba comercialmente, sino que la sociedad conyugal solo percibía ingresos por cánones locativos del inmueble (v. fs. 42 vta. y 43); que él poseía un poder otorgado por la actora, que fue revocado recién el día 29 de febrero de 2012. De la copia de la escritura agregada a fs. 37/39 acompañada por el demandado, surge que la venta del bien, destinado a "local de negocio", y respecto del cual en el mismo acto se levantó su inscripción como bien de familia, se llevó a cabo el día 24/02/12. Fue suscripta por el Sr. L. en carácter de vendedor, por sí y como apoderado de la Sra. P., quien días más tarde revocaría ese poder tras la traumática separación de hecho. Por cierto, el demandado, utilizando ese mismo poder, unos días antes (el 10/2/2012) en iguales circunstancias, había donado y otorgado el beneficio de usufructo vitalicio a su hija mayor, otro bien relevante de la sociedad conyugal, sin necesidad aparente de esta (ver fs. 35/6 y respuestas a las posiciones 74, 75, 77 de fs. 107).

Pero volviendo a la escritura de venta de Salcedo, surge de la misma, que las partes allí intervinientes "manifestaron" haber suscripto boleto de compraventa en fecha 12/11/2009 (ver cláusula quinta, punto a de fs. 38 vta.), pero sin aclarar la modalidad de pago, con la sola mención en la cláusula segunda, de que se abonaba en ese momento una "última cuota". La existencia del boleto no ha sido acreditada, y el demandado, que era el empresario y administrador de la sociedad conyugal aun luego de la separación de hecho (fs. 7 y vta. del convenio suscripto con la mediadora oficial, que fue reconocido por las partes, aun cuando no se homologó judicialmente) y que en mi visión estaba en mejores condiciones de aportar la prueba y traer claridad al proceso, no lo ha hecho.

Ello genera una presunción en su contra en función del principio de la carga dinámica de la prueba que cabe aplicar al caso, muy especialmente en el marco del presente contexto familiar, de la distribución de roles familiares que se atribuyeron, de la existencia del proceso de violencia familiar y de las constancias del proceso penal de impedimento de contacto, en el cual resultó procesado y concluyó por *probation*.

El planteo de la accionante apuntaba a que se reconociera una recompensa en favor de la comunidad, porque el demandado había sacado ventaja del ejercicio del mandato que ella le había conferido, y porque la no consideración del precio en la partición importaba una ventaja para el patrimonio propio del cónyuge, y un menoscabo de la masa ganancial.

Su pretensión fue rechazada en 1ª instancia y, en cambio, fue admitida por la Sala "L" de la excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil.

En mi opinión, el reclamo de una recompensa en favor de la comunidad no era el camino adecuado para encauzar la pretensión de la actora.

Porque el conflicto de autos tenía más que ver con el ejercicio del mandato entre cónyuges y, en última instancia, con un supuesto de fraude matrimonial.

Desde mi punto de vista, el reclamo de la accionante debió plantearse y juzgarse a la luz de los siguientes parámetros:

La venta del inmueble de la calle Salcedo, en la ciudad de Buenos Aires, la realizó el cónyuge en nombre de su mujer y en virtud de un poder general de administración y disposición que se hallaba vigente. Se trató de una operación formalmente legítima que, en sí misma, no fue cuestionada por la actora.

Al tiempo de formalizarse la escritura, 24 de febrero de 2012, la comunidad estaba vigente, puesto que los cónyuges aún no se habían divorciado. Es cierto que la sentencia de divorcio, recaída en el año 2016, produjo en forma retroactiva la extinción de la comunidad, pero, al tiempo de la venta, la extinción no había operado.

La escritura suscripta por el cónyuge apoderado refiere que las partes "han suscripto boleto de compraventa para la presente operación con fecha 12 de noviembre de 2009", y, en otra parte, que la compradora ya estaba en posesión del inmueble adquirido. Aunque el boleto del año 2009 no consta en autos, la mención de que la mayor parte del precio de venta se había abonado antes de la escritura, y que, al tiempo de la firma, solo se integraba la última cuota del precio, hace pensar como verosímil que existió un boleto antes de la escritura de transferencia del dominio[10].

En función de estas circunstancias, la actora debió reclamarle judicialmente a su exmarido que le rindiera cuentas acerca de los detalles y particularidades de la venta de Salcedo y que acreditara haberle transferido o entregado el total del precio. Al respecto, es importante notar que la cónyuge era la titular exclusiva del bien ganancial, y que ella tenía derecho a percibir y a administrar la totalidad del precio obtenido por la venta.

El hecho de que el art. 459 del Código Civil y Comercial establezca, en su segundo párrafo, y como pauta general, que el cónyuge no está obligado a rendir cuentas, no significa que, ante un reclamo expreso y justificado del mandante, el apoderado pueda negarse a rendir cuentas[11].

Por lo demás, y siempre en relación a la rendición de cuentas, es importante considerar que, al tiempo de formalizarse la venta, los cónyuges se hallaban separados de hecho y que la posterior declaración del divorcio determinó que la extinción de la comunidad produjera efectos a partir del mes de enero de 2012, días antes de la firma de la escritura. Analizando la cuestión a la luz de los preceptos que organizan el período de la indivisión postcomunitaria, el art. 482 del Código Civil y Comercial dispone que "cada uno de los copartícipes tiene la obligación de informar al otro, con antelación razonable, su intención de otorgar actos que excedan de la administración ordinaria de los bienes indivisos. El segundo puede formular oposición cuando el acto proyectado vulnera sus derechos".

En función de estas reglas propias de la indivisión postcomunitaria, nadie podría dudar de que, ante un reclamo expreso del cónyuge mandante, el mandatario debería rendir cuentas sobre el desenvolvimiento y alcances de su gestión[12].

El demandado, en ocasión de la rendición de cuentas sobre la venta del inmueble de Salcedo, tendría la oportunidad de acreditar que firmó un boleto de venta en el año 2009, podría agregar un ejemplar a los autos, podría adjuntar recibos o constancias de que la titular del inmueble recibió las distintas cuotas del precio, podría justificar que los fondos recibidos por la venta del inmueble constan en las declaraciones juradas de la cónyuge mandante, podría aportar, en fin, todo tipo de pruebas para demostrar que el precio de la venta del inmueble ganancial redundó en beneficio de la comunidad.

Por último, y en el supuesto de que el demandado se negase a rendir cuentas, o que la rendición no fuese satisfactoria, la accionante podría invocar en su favor la figura del fraude entre cónyuges que contempla el art. 473 del Código Civil y Comercial: "Son inoponibles al otro cónyuge los actos otorgados por uno de ellos dentro de los límites de sus facultades, pero con el propósito de defraudarlo". En este marco, la cónyuge titular del bien podría aducir que el demandado ejerció el mandato en beneficio suyo, y que la intención del mandatario fue la de vaciar o empobrecer el acervo de la comunidad, para perjudicar sus derechos y negarle la legítima expectativa de percibir la mitad de los bienes gananciales.

Es que, en el caso, la cónyuge le había otorgado a su marido un poder general amplio de administración y de disposición, y el conflicto está estrechamente ligado al desempeño del mandato conferido.

Aunque el principio o la pauta general es que el cónyuge mandatario no está obligado a rendir cuentas, es razonable que, en el marco de la indivisión postcomunitaria, el mandante tenga derecho a requerir una rendición prolija y detallada sobre la ejecución de los negocios culminados con posterioridad a la separación de hecho.

Y, si las explicaciones del mandatario no son convincentes, y los hechos revelan que la comunidad puede haber sufrido un menoscabo, la parte afectada puede acusar a la otra de haber obrado fraudulentamente y requerirle un resarcimiento que equilibre las cuentas y que le permita obtener la mitad efectiva de los bienes que conformaron la masa ganancial.

El reclamo de una recompensa en favor de la comunidad es un camino jurídicamente menos adecuado y que no se ajusta a la realidad y desenvolvimiento de los hechos. Porque la recompensa, como se ha dicho, requiere que exista certeza objetiva sobre el desvío o la aplicación de fondos de la comunidad en provecho de los bienes que conforman la masa de los bienes propios de alguno de los cónyuges.

En el caso, podría existir cierta sospecha sobre un ejercicio irregular o abusivo del mandato, pero esta incertidumbre respecto del destino de los fondos obtenidos por la venta de un inmueble ganancial de titularidad de la cónyuge no constituye un presupuesto objetivo y suficiente como para admitir, *a priori* y sin una investigación sobre el cumplimiento del mandato, la procedencia de una recompensa en favor de la comunidad.

VOCES: DERECHO CIVIL - FAMILIA - MATRIMONIO - SOCIEDAD CONYUGAL - RECOMPENSAS - RENDICIÓN DE CUENTAS - ACTO JURÍDICO - BIENES PROPIOS - BIENES GANANCIALES - COMPRAVENTA INMOBILIARIA - DOLO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(10) Si los pagos hubieran sido de verdad parciales, a partir del año 2009, puede presumirse que los cónyuges los hubieran destinado de común acuerdo a atender distintas necesidades familiares.

(11) El art. 1276 del anterior Código Civil también disponía que "el mandatario no tendrá obligación de rendir cuentas". Y, en el contexto del Código anterior, la jurisprudencia había resuelto: "La solución legal del art. 1276 *in fine* del Código Civil en cuanto a la improcedencia de la obligación de rendir cuentas está referida a cónyuges en convivencia normal, que supone la confianza recíproca entre los integrantes del matrimonio pero que no puede subsistir si ha sido alterada con la promoción de un juicio de divorcio y separación de bienes" (CNCiv., Sala B, 17 de septiembre de 1982, AR/JUR/569/1982.)

(12) Es la posición, en general, de la doctrina: "Cabe asimismo recordar con respecto a la eximición de rendir cuentas que se ha decidido que la solución legal se refiere a cónyuges en convivencia normal que supone la confianza recíproca, pero no puede subsistir si se ha promovido juicio de divorcio y separación de bienes" (Sambrizzi, Eduardo A., "Disposiciones comunes a ambos regímenes patrimoniales del matrimonio en el Proyecto de Reformas", AR/DOC/1717/2014. En el mismo sentido, también se pronuncia Magdalena B. Giavarino, en AR/DOC/1366/2011).

En igual sentido en que se pronunciaron los jueces penales sobre el accionar del progenitor respecto del contacto de la madre y sus hijos, entiendo que también respecto de la administración y disposición de los bienes de la comunidad el Sr. L. obró con dolo, con el objeto de que la actora no pudiera percibir absolutamente nada de los bienes de la comunidad luego de la separación de hecho, para lo cual no dudó en recurrir a familiares e hijos.

Reconociendo que los bienes en Córdoba no son importantes ni explotados; que el garaje lo vendió a su cuñada (y hermano) aunque luego siguió cobrando alquileres y que el otro bien con aptitud para producir frutos fue donado a su hija mayor –ya casada– la actora fue excluida de toda posibilidad de administrar o percibir frutos de los bienes comunes, mediante la utilización de un poder anterior que había otorgado oportunamente a su esposo y que revocó apenas unos días después de esas operaciones escriturarias, realizadas casi inmediatamente de producida la separación de hecho.

En este contexto de violencia económica y psicológica ejercida sobre la actora por el ex esposo, y sin perjuicio de los hechos de uno o de ambos que pudieron llevar a la separación de hecho, lo cierto es que era el demandado quien debía aportar al proceso la explicación detallada de todo lo acontecido con los bienes más importantes de la comunidad, toda vez que la actora no tenía antes ni tuvo después, acceso alguno a la administración o disposición de los mismos.

VII. Debo recordar que las recompensas son créditos que deben considerarse en la liquidación de la sociedad conyugal, generados por el incremento del patrimonio propio de uno de los esposos a costa de la comunidad, o por el aumento del haber ganancial en detrimento del patrimonio propio de uno de los cónyuges (conf. CNCiv. y Com. de San Isidro, Sala I, "M. V., L. I. c. R., R.", 19/11/2002, Publicado en: LLBA 2003, 632 - ED 11/04/2003, 5 - ED 202, 60 - Cita online: AR/JUR/1983/2002).

Se ha dicho que debe admitirse el derecho de recompensa siempre que sea necesario restablecer la debida composición de las masas patrimoniales propias de cada cónyuge, evitando que el haber propio aumente a expensas del común o disminuya en beneficio de la masa ganancial. También procederán en los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores que en su origen fueron gananciales (Cf. CNA-

FACULTAD DE DERECHO - DEPARTAMENTO DE POSGRADO

CURSO CORTO VIRTUAL

JUBILACIONES Y PENSIONES

Contingencias de vejez, invalidez y muerte.

INICIO 14/06/21

Lunes y Miércoles de 18 a 20.30 hs.
6 semanas | 30 hs.

Inscripción Aquí

PROFESORES

Dra. Graciela Cipolletta
ABOGADA ESPECIALISTA EN DERECHO DEL TRABAJO Y LA SEGURIDAD SOCIAL.
PROFESORA EN UBA, UCES Y UCA.

Dr. Javier Benito Picone
SECRETARIO DE LA SALA III DE LA CÁMARA FEDERAL DE LA SEGURIDAD SOCIAL.
PROFESOR EN UBA, UNLA, UNNE Y UNC.

Dra. Silvina Verónica Arcaro
MÁSTER EN DIRECCIÓN Y GESTIÓN DE LOS SISTEMA DE SEGURIDAD SOCIAL, UNIV. DE ALCALÁ.
PROFESORA EN UBA.

CURSO TEÓRICO-PRÁCTICO EN MODALIDAD VIRTUAL

CONTACTO
derecho_familia@uca.edu.ar

@derechouca
@posgradosuca

/derechoUCAoficial
UCAPosgrados

derechouca
ucaposgrados

UCA | Pontificia Universidad Católica Argentina
Facultad de Derecho

Civ. Sala K, *in re* "T., F. M. c/ G., M. G. s/ Liquidación de sociedad conyugal", 31/10/14). Actualmente, el nuevo CCyCN se refiere a ellas expresamente en el art. 491 y ss.

Sentado ello, cabe destacar que la parte actora no produjo prueba alguna tendiente a demostrar, siquiera de modo indiciario, la explotación al menos mínima del garaje/estacionamiento. Por otra parte, al formular las posiciones del pliego de fs. 104 y vta., la actora reconoció el hecho de que el accionado dejó de explotar el estacionamiento de la calle Salcedo en el año 2010 (ver posición 52), lo cual lleva a pensar que no lo explotaba directamente desde esa fecha, y que resulta verosímil que percibiera un canon locativo por el garaje; pero nada concreto acreditó sobre el valor indiciario de locación del bien. Coincido así en este punto con el sentenciante, y por ello debe confirmarse este aspecto de lo decidido, ya que en los agravios tampoco se realizó una crítica razonada de la decisión del juez, que logre mostrar algún extremo no tenido en cuenta sobre el tema.

Distinto sucede respecto de la venta del inmueble en cuestión, ya que no puede soslayarse que, tal como surge de la propia escritura agregada en copia a fs. 37/39, la compraventa, se llevó a cabo el día 24/02/12, es decir, aproximadamente un mes después de que se produjera la separación de hecho de las partes (24/01/2012); el demandado no acreditó la existencia de boleto alguno, ni eventual modalidad de pago, ni recibos por pagos parciales, razón por la cual habré de interpretar que tanto la seña como el saldo se percibieron luego de la separación de hecho y en el acto escriturario. Así, entiendo que la suma el precio de venta que indica la respectiva escritura debe incluirse en la liquidación de bienes de la comunidad. Además, fueron percibidas por el Sr. L., en nombre de propio y de la Sra. P., sin que se haya probado que la actora percibiera la parte proporcional que le correspondía.

Tampoco debe perderse de vista que, de la cláusula segunda de la escritura traslativa de dominio, surge que el precio total y convenido de la operación fue de pesos ochocientos mil ($800.000); importe que fue recibido antes de ese acto, con excepción de una supuesta última cuota que se habría abonado en esa oportunidad, y otorgando la vendedora suficiente recibo y carta total de pago (v. fs. 38). El valor devengará intereses a la tasa activa del Banco Nación, desde la fecha de la escrituración al efectivo pago.

Nótese al respecto que, cuando el demandado relató su versión de los hechos en la contestación de demanda (v. fs. 42 vta. y 43), solo dejó en claro que actuó utilizando el poder que la Sra. P. le había otorgado en el año 2006 (v. fs. 37) y que, en el marco de la separación de hecho de las partes, fue revocado cinco días después de la operación. El demandado no negó la percepción del dinero en la escrituración, y tampoco alegó ni probó haber participado a la Sra. L. de la misma. Ello, desde mi visión, importó una carga de rendir cuentas a la actora, respecto de una transacción en la que el accionado actuó en su nombre. De modo que debe incluirse en la masa a liquidar las sumas correspondientes al producido de la venta del inmueble de Salcedo … –CABA– que tuvo lugar con posterioridad a la disolución del régimen común, el 24/01/2012.

El derecho a recompensa resulta de la esencia del régimen de comunidad de gananciales que, a su disolución, debe formar una masa de bienes integrada por las adquisiciones no gratuitas, de uno y otro de los cónyuges, realizadas desde la celebración del matrimonio hasta la disolución de la sociedad conyugal. Esa masa común de ganancias netas, deducidas las pérdidas y gastos, se dividirá por mitades entre los esposos o sus sucesores.

Así, se deberán recompensas o compensaciones siempre que la comunidad haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen propios de cualquiera de los cónyuges. También procederán en los casos en que el patrimonio propio de uno de los cónyuges haya acrecido o se haya beneficiado con valores en su origen gananciales (CNACiv. Sala J, *in re* "B., A. M. c/ B., E. M. s/ Liquidación de sociedad conyugal", 27/08/18).

En el caso concreto de la venta del inmueble ganancial, y toda vez que demandado no probó haber desinteresado a la actora del producido, con lo cual incrementó su patrimonio propio con valores de origen ganancial o en perjuicio de la masa ganancial, no cabe más que concluir que debe modificarse lo decidido y hacer lugar a este aspecto de los agravios.

VIII. La actora cuestionó la decisión sobre las costas del proceso, que fueron impuestas en el orden causado.

Las costas son las erogaciones impuestas a quienes intervienen en un proceso para la iniciación, prosecución y terminación de éste. Respecto a su imposición, el Código Procesal ha adoptado en su art. 68, la teoría del hecho objetivo de la derrota. Pero el mismo art. 68, en su 2º párrafo, prescribe que "sin embargo, el juez podrá eximir total o parcialmente de esta responsabilidad al litigante vencido, siempre que encontrare mérito para ello, expresándolo en su pronunciamiento, bajo pena de nulidad".

En este sentido, atento al modo en que se resolvieron las distintas cuestiones planteadas, el acogimiento parcial de los agravios formulados por la parte actora, las particularidades del caso y las posturas asumidas en general por las partes a lo largo del presente proceso, considero que corresponde modificar lo resuelto a este respecto, imponiendo las costas de primera y segunda instancia en un 80% a la parte demandada y en un 20% a cargo de la accionante.

IX. En consecuencia, si mi voto fuera compartido, propongo al acuerdo modificar parcialmente la sentencia de grado: 1) Hacer lugar al pedido de recompensa respecto del producido de la venta del inmueble de Salcedo … Capital Federal, que se incluye dentro de la comunidad de bienes a liquidar; y que devengará intereses a la tasa activa del Banco Nación, desde la fecha de la escrituración al efectivo pago. 2) Modificar las costas de primera instancia, imponiendo las de primera y de segunda instancia, en un 80% a la parte demandada y en un 20% a cargo de la actora atento al resultado de los planteos y apelaciones (conf. art. 68 y conc. del Cód. Procesal).

Por razones análogas a las de la Dra. Pérez Pardo, el Dr. *Liberman* y la Dra. *Iturbide* votan en el mismo sentido.

Y *Vistos*: lo deliberado y conclusiones establecidas en el Acuerdo precedentemente transcripto el tribunal *decide*: 1) Hacer lugar al pedido de recompensa respecto del producido de la venta del inmueble de Salcedo … Capital Federal, que se incluye dentro de la comunidad de bienes a liquidar; y que devengará intereses a la tasa activa del Banco Nación, desde la fecha de la escrituración al efectivo pago. 2) Modificar las costas de primera instancia, imponiendo las de primera y de segunda instancia, en un 80% a la parte demandada y en un 20% a cargo de la actora atento al resultado de los planteos y apelaciones (conf. art. 68 y conc. del Cód. Procesal).

Regístrese, notifíquese y devuélvase.

Se difiere la regulación de honorarios por la actuación en la alzada para una vez que se haya efectuado la de primera instancia y exista liquidación definitiva.

Hácese saber que la eventual difusión de la presente sentencia está sometida a lo dispuesto por el art. 164. 2º párrafo del Código Procesal y art. 64 del Reglamento para la Justicia Nacional. – *Marcela Pérez Pardo. – Víctor F. Liberman. – Gabriela A. Iturbide* (Sec.: María Claudia del Carmen Pita).

La recusación de los jueces de la Corte IDH: casos, vacíos y propuestas

Segunda parte

por Jorge Alejandro Amaya y Gabriel Fidel

Sumario: Segunda parte: VI. El reciente caso "Bedoya Lima v. Colombia". – VII. Conclusiones y propuestas.

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *El nuevo Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, por Rolando E. Gialdino, ED, 200-903; *Recusación por prejuzgamiento oral y confidencial*, por Julio Chiappini, ED, 219-801; *Casuística en materia de excusaciones y recusaciones*, por Julio Chiappini, ED, 222-928; *Recusación por haber "pleito pendiente"*, por Julio Chiappini, ED, 237-351; *Aspecto subjetivo de la garantía de imparcialidad del juez constitucional en el procedimiento civil y comercial*, por María Laura Praxedis Zovak, ED, 243-1088; *La prohibición de recusar sin causa en ciertos procesos, ¿es constitucional?*, por Julio Chiappini, EDCO, 2008-268; *El derecho a un tribunal imparcial en causas por delitos de lesa humanidad. La teoría de las apariencias*, por Luis Gustavo Losada, ED, 270-170; *Recusación por el juez denegar la homologación de un acuerdo preventivo*, por Julio Chiappini, ED, 270-430; *El Poder Ejecutivo frente al sistema internacional de derechos humanos y la ejecución de sentencia internacional*, por María Macarena Alurralde Urtubey, ED, 280-688; *La República Argentina ante la Corte IDH: año 2018*, por Paulina R. Chiacchiera Castro, ED, 283-659; *Recusación por enemistad y prejuzgamiento*, por Julio Chiappini, ED, 283; *La revisión de la cosa juzgada nacional frente a las sentencias de la Corte IDH*, por Sergio Nicolás Jalil, ED, 284-919. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

VI. El reciente caso "Bedoya Lima v. Colombia"

Efectivamente, en el reciente caso "Bedoya Lima y otra vs. Colombia"[1] la representación del Estado de Colombia recusó a todos los miembros del Tribunal con excepción del Dr. Eduardo Vio Grossi por "falta de garantías y objetividad en este proceso" haciendo referencia a la "obligación que tienen los Jueces de ser objetivos e imparciales", así como a un supuesto "prejuzgamiento" por parte de los referidos juzgadores, abandonando la audiencia tras la declaración de la presunta víctima Jineth Bedoya Lima[2].

Dos días después, el 17 de marzo, la Corte dictó resolución declarando improcedente la recusación efectuada por Colombia contra la presidenta Elizabeth Odio Benito, el vicepresidente L. Patricio Pazmiño Freire y los jueces E. Raúl Zaffaroni y Ricardo Pérez Manrique. Esta resolución estuvo suscripta por dos jueces: el Dr. Eduardo Vio Grossi, como presidente interino del tribunal, y el Dr. Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot.

En el resolutorio se trataron cuatro cuestiones de las cuales interesa rescatar dos: a) la composición encargada de adoptar una decisión respecto del incidente de recusación, y b) la solicitud del Estado colombiano de que la recusación sea resuelta por la Asamblea General de la OEA.

A la primera cuestión los magistrados expresaron:

"El Tribunal observa que, en casos anteriores en los que se ha recusado a varios Jueces y Juezas del Tribunal, ha sido el Juez o Jueces no recusado(s) el o los encargados de formar parte del órgano decisorio de la solicitud planteada. En el presente caso, la recusación interpuesta por el Estado colombiano ha sido dirigida contra 4 de los 6 jueces y la jueza que son parte de la formación establecida, de conformidad con el artículo 19.1 del Reglamento del Tribunal, para juzgar el presente caso. En consecuen-

(1) A finales de la década de 1990 Jineth Bedoya Lima, reportera del diario El Espectador, retomó las investigaciones de la cárcel La Modelo sobre tráfico de armas, compraventa de secuestrados y otras violaciones de derechos humanos en el centro penitenciario. En abril del 2000, ocurrió una masacre dentro de la cárcel La Modelo, durante enfrentamientos entre guerrilleros, paramilitares y delincuencia común, lo que motivó el posterior secuestro de Bedoya el 25 de mayo del 2000. El caso ante la CIDH se relaciona directamente con una serie de violaciones de derechos humanos que derivarían del secuestro, tortura y violación sexual de Bedoya, por motivos vinculados a su profesión, así como la falta de adopción de medidas adecuadas y oportunas por parte del Estado para protegerla y prevenir la ocurrencia de dichos hechos.

(2) La audiencia disponible en: https://youtu.be/uG7865Sgo70. Asimismo, la recusación y retiro de la representación de Colombia de la audiencia puede consultarse en: https://youtu.be/n4vvlWfzHhw.

cia, y en seguimiento de los precedentes existentes en esta materia, corresponde a los dos jueces no recusados –a saber, el Juez y Presidente en ejercicio Eduardo Vio Grossi y el Juez Eduardo Ferrer Mac-Gregor Poisot– conocer del presente incidente y emitir su criterio colegiado e independiente sobre la recusación que recae sobre cada uno de los Jueces y la Jueza recusados, lo que hacen por medio de la presente Resolución" (apartado 5, el subrayado es nuestro).

Respecto de la segunda cuestión, los magistrados se mostraron renuentes a considerar la propuesta de Colombia sobre la eventual intervención de la Asamblea General de la OEA. Expresaron:

"Como bien reconoció el Estado, no existe disposición alguna en la Convención Americana, el Estatuto de la Corte o su Reglamento, en la que se prevea un procedimiento como el que propone el Estado. Al contrario, por una parte, el artículo 73 de la Convención indica que '[s] olamente a solicitud […] de la Corte […], corresponde a la Asamblea General de la Organización resolver sobre las sanciones aplicables a los […] jueces de la Corte que hubiesen incurrido en las causales previstas en los respectivos Estatutos' y, por la otra parte, el Estatuto de la Corte dispone, en su artículo 20.2 que la Asamblea General de la OEA tendrá la potestad disciplinaria 'solamente a solicitud motivada de la Corte, integrada al efecto por los jueces restantes'".

"Cabe reiterar que tales disposiciones no son aplicables, en mérito de que no se dan las causales o los supuestos para que la Corte y la Asamblea General de la OEA pudiesen proceder en relación con este caso. …Efectivamente, la situación de autos, como ya se expresó, no está contemplada en la normativa correspondiente. Ni la recusación ni el nombramiento de nuevos jueces para el conocimiento del respectivo caso le está asignado a la Asamblea General de la OEA, órgano de naturaleza netamente política de suerte que, reconocerle esa competencia, afectaría seriamente la independencia y autonomía de la Corte en tanto 'institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos', conforme al artículo 1 de su Estatuto. …Por tanto, es función de los miembros del Tribunal, en absoluto respeto de su autonomía y en legítimo ejercicio de sus funciones de conformidad con lo establecido en la Convención Americana, el Estatuto de la Corte y su Reglamento, decidir sobre toda recusación que sea planteada contra cualquiera de sus miembros. En consecuencia, la solicitud del Estado de remitir la recusación interpuesta ante la Asamblea General de la OEA debe ser desestimada" (apartados 29 a 31).

Independientemente de las razones que asistieron al Estado colombiano para recusar a los magistrados de la Corte, es relevante observar la cuestión desde un punto de vista objetivo, focalizando en cómo se viabiliza el instituto de la recusación en el marco de una causa ante la Corte IDH; qué obstáculos se oponen a su ejercicio, y cómo interpreta el Tribunal la ausencia de reglamentación procedimental.

En primer lugar, conviene prestar atención a la distancia entre la interpretación que formula la Corte del instituto de la recusación en los casos que han llegado hasta sus estrados y la efectiva aplicación que hace del instituto cuando los recusados son miembros del Tribunal.

En segundo lugar, no parece adecuado el uso y costumbre de la Corte en tanto habilita que uno o dos de sus miembros resuelvan una cuestión tan relevante como la recusación de sus pares.

Recordemos que sendas resoluciones denegatorias de recusaciones han sido suscriptas por un solo magistrado, y en la resolución del caso "Bedoya Lima" son dos jueces quienes entienden y resuelven las recusaciones presentadas por Colombia.

En este sentido, entendemos que el Tribunal debería conformarse con al menos tres (3) magistrados, atento que su Estatuto dispone que el quórum lo forman cinco miembros y que las decisiones requieren de mayoría absoluta de los jueces presentes. Con ello, el número mínimo de funcionamiento, deliberación y decisión es de tres jueces (art. 23 del Estatuto y arts. 14 y 16 del Reglamento).

Además, aun cuando la resolución que deniega las recusaciones sea adoptada por un número inferior de jueces, por ejemplo, por un solo magistrado, dicho resolutorio podría ser impugnado ante la Corte en pleno (art. 25 del Estatuto y art. 31 del Reglamento).

A ello deberíamos agregar que, si la resolución del Tribunal no admite recurso alguno (tal como lo dispone el inc. 3, art. 31, del Reglamento), mayor debería ser el control de la resolución y la participación de magistrados en la decisión, a los fines de la legitimidad de la misma.

Finalmente, llama la atención la apreciación extremadamente estricta que realizan los jueces de la Corte de la ausencia de una norma estatuaria expresa, máxime cuando la propia Corte IDH ha desarrollado una significativa doctrina jurisprudencial dinámica y evolutiva en el sentido de admitir la viabilidad de los derechos, facultades y garantías a pesar de la presencia o no de otros presupuestos formales o materiales(3).

Parecería, en este sentido, que la Corte se muestra dinámica y progresista en la exigencia hacia los Estados, pero literal y conservadora cuando interpreta normas que hacen a su funcionamiento interno.

VII. Conclusiones y propuestas

El instituto de la recusación es un mecanismo procesal relevante para tornar operativa la garantía de la imparcialidad del juzgador en aquellos supuestos en que la parte entiende que su juzgador adolece de parcialidad, ha incurrido en prejuzgamiento, o su juicio no resulta objetivo en el caso. Es un elemento constitutivo del debido proceso legal consagrado en todas las constituciones latinoamericanas, y en los tratados y declaraciones internacionales de derechos humanos.

Como hemos visto a lo largo de este trabajo, el dilema se proyecta sobre la aplicabilidad efectiva de la recusación en el marco de una causa contenciosa que tramite ante la Corte IDH. Ante la ausencia de norma reglamentaria expresa que prevea la situación para los supuestos de recusación de todos o varios miembros del tribunal regional, la interpretación que la Corte ha efectuado para resolver dichas situaciones no satisface –a nuestro criterio– la finalidad del instituto, ni desde la perspectiva procedimental (art. 23 del Estatuto y arts. 14 y 16 del Reglamento) ni desde la óptica sustancial (la existencia de un mecanismo de resolución de las recusaciones colectivas de los integrantes del Tribunal que satisfaga los requisitos de legalidad, imparcialidad e independencia judicial): *Justice must not only be done: it must also be seen to be done*.

El debido proceso constitucional y los elementos que lo conforman para arribar a un veredicto que consagre la verdad objetiva en el caso concreto requieren de una adecuada reglamentación e interpretación de todas las garantías procesales.

Cuando la recusación se dirige contra un solo juez, es plausible que sean los restantes miembros del Tribunal quienes resuelvan la cuestión; sin embargo, cuando la recusación afecta a varios jueces, la solución no puede ser la misma.

En estos supuestos, parece lógico seguir las mismas reglas que inspiran a la mayor parte de las normas procesales en la región: la integración se realiza con injerencia de *nuevos jueces*.

¿Cuál sería el impedimento en seguir estas reglas procesales en el marco de la Corte IDH? Una alternativa posible –para salvar las deficiencias apuntadas– sería la selección y designación de conjueces por parte de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos (OEA); otra alternativa, la posible intervención de los *jueces ad-hoc* y *jueces interinos* que prevé (para otros casos) la reglamentación.

Efectivamente, podría evaluarse la posibilidad de que la Corte IDH instrumente un mecanismo de reemplazo de magistrados para los supuestos de recusación de varios magistrados, de la misma forma que pueden reemplazarse magistrados cuando son nacionales de los Estados parte en el juicio, siempre que tal reemplazo exclusivamente se limite a tratar la revocación en el caso particular.

Asimismo, la Corte IDH podría acudir a una interpretación evolutiva y garantista del artículo 19 de su Estatuto, el cual prevé expresamente la "excusación" de los magistrados. Nada impide, a nuestro modo de ver, interpretar que la norma refiere a todos los casos de impedimento que se presenten en una causa y que involucren a uno o más de los jueces del Tribunal.

Así, en su inciso final, la norma establece: "*Cuando uno o más jueces fueren inhabilitados conforme a este artículo, el Presidente podrá solicitar a los Estados partes en la Convención que en una sesión del Consejo Permanente de la OEA designen jueces interinos para reemplazarlos*". Esta solicitud formulada por el presidente del Tribunal podría haberse utilizado en casos como "Usón Ramírez" o "Bedoya Lima".

Pero, además, otro precepto brinda una posible solución para estos supuestos complejos. El inciso 2 del artículo 25 del Estatuto de la Corte expresa lo siguiente: "*las normas procesales podrán delegar en el Presidente o en comisiones de la propia Corte, determinadas partes de la tramitación procesal, con excepción de las sentencias definitivas y de las opiniones consultivas*".

Esta previsión reglamentaria podría permitir superar, en términos generales, los casos de recusaciones masivas o, en todo caso, habilitar a la Presidencia para poner en movimiento la sustitución de magistrados hasta conformar el quórum, apelando a distintas alternativas además de lo previsto en el art. 19 del Estatuto.

Por otra parte, el inc. 2 del art. 1 del Reglamento de la Corte IDH dispone que la Corte "*podrá dictar otros reglamentos que sean necesarios para el cumplimiento de sus funciones*", en cuyo caso a través de esta norma se podría subsanar la laguna reglamentaria en torno de la recusación.

En definitiva, en los casos que hemos comentado se genera una tensión entre el debido cumplimiento de un mecanismo procesal destinado a garantizar el principio de imparcialidad del juzgador, y la laguna legal existente ante la ausencia de una norma expresa que consagre una solución sobre quién o quiénes deberían ser los encargados de verificar si para el caso contencioso concreto se configuran o no las causales de falta de imparcialidad, impartialidad o independencia.

La modalidad y los usos seguidos hasta ahora por el tribunal internacional para resolver las recusaciones de varios de sus miembros parecen encontrar una mejor solución procedimental y sustancial en las propuestas que dejamos a evaluación y crítica de la doctrina.

Finalmente, de lo que se trata es de hacer efectivo el principio de independencia judicial, y la garantía constitu-

(3) Si bien esta doctrina está originalmente fundada en la aplicabilidad operativa de las normas de la Convención Americana en los Estados parte, aun cuando existieren impedimentos formales o materiales propios del derecho interno (v. gr.: casos "Aguado Alfaro y otros vs. Perú", sentencia de 24 de noviembre de 2006; "Boyce y otros vs. Barbados", sentencia de 20 de noviembre de 2007; "Heliodoro Portugal vs. Panamá", sentencia de 12 de agosto de 2008; "Radilla Pacheco vs. México", sentencia de 23 de noviembre de 2009; "Fernández Ortega y otros vs. México", sentencia de 30 de agosto de 2010; "Liakat Ali Alibux vs. Surinam", sentencia de 30 de enero de 2014), las consideraciones van mucho más allá y abarcan los supuestos en que el rigorismo formal impide la realización de la norma sustantiva, el ejercicio pleno de un derecho o la viabilidad de una garantía.

FONDO EDITORIAL

María Elisa Petrelli
(coordinadora)

Manual de derecho de familia

ISBN 978-987-3790-51-5
456 páginas

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

cional de un debido proceso extensivo a todas las partes de un contencioso, sean denunciantes o Estados.

VOCES: **DERECHO PROCESAL - PROCESO JUDICIAL - JUECES - DERECHO INTERNACIONAL - ESTADO - SENTENCIA - ABOGADO - EXCUSACIÓN Y RECUSACIÓN - RECUSACIÓN - DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO - JURISDICCIÓN - TRIBUNALES INTERNACIONALES - ORGANISMOS INTERNACIONALES - TRATADOS INTERNACIONALES - JURISPRUDENCIA - PODER JUDICIAL**

Seguro:

De responsabilidad civil: franquicia; inoponibilidad al damnificado; límite de cobertura; insignificancia; inadmisibilidad.

1 – La contratación de seguros con franquicias o descubiertos que impliquen –como en el caso– una desnaturalización del instituto no puede ni debe ser amparada.

2 – Es irrazonable y abusivo establecer un límite muy bajo de cobertura para daños a terceros damnificados por muerte o incapacidad, pues ello implica desnaturalizar el instituto del seguro, en tanto deja de cumplir la función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización, afectando los derechos del damnificado. R.C.

60.707 – CNCiv., sala F, abril 6-2021. – G. M., M. M. C. H. B. de B. A. y otros s/ daños y perjuicios.

En Buenos Aires, Capital de la República Argentina a los días del mes de abril de 2021, reunidos en acuerdo los Sres. Jueces de la Excma. Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil, Sala "F", para conocer en los autos del epígrafe, respecto de las cuestiones sometidas a su decisión, a fin de determinar si es arreglada a derecho la sentencia apelada.

Practicado el sorteo correspondiente resultó el siguiente orden de votación: Sres. Jueces de Cámara Dres. Posse Saguier. Zannoni. Galmarini.

A la cuestión propuesta el Dr. *Posse Saguier* dijo:

I. M. M. G. M. promovió demanda por daños y perjuicios contra el H. B. de B. A. y contra C. S. Relata que el 12 de febrero de 2015, al levantarse, realizó su higiene personal y cuando se colocó los lentes para leer, al apoyarlos, sintió un fuerte pinchazo debajo del ojo izquierdo. Dijo que al observarse notó una protuberancia, con un muy diminuto punto oscuro o algo similar, muy sensible al tacto. A raíz de ello, solicitó turno en el H. B. Siguió relatando que el 13 de febrero de 2015 fue atendida en Dermatología por la doctora L. P. R., quien la revisó y le hizo una extracción de dermis a los efectos de una biopsia.

Explica que los resultados de la biopsia le fueron entregados el 27 de febrero de 2015 y en el informe respectivo se indicó: "Se observa piel con una proliferación epitelial lobulada en dermis, de estirpe basocelular", siendo el diagnóstico "carcinoma basocelular lobulado".

Afirma que no obstante las palabras de la Dra. P. R. tendientes a calmarla, el mencionado informe le significó un golpe emocional y psíquico difícil en su personalidad y vida social.

Luego de recibir el cimbronazo del diagnóstico, la aludida profesional la acompañó a unos consultorios y la derivó para ser atendida por el doctor C. S., quien luego de leer los resultados de la biopsia –que analizó con la Dra. P. R.–, le explicó de manera detallada el procedimiento a seguir y le dio fecha para el 14 de abril de 2015 para la realización de una intervención quirúrgica.

Manifiesta que llegado ese día, se presentó a las 07.30 horas en el hospital y firmó el consentimiento informado.

Aclaró que los únicos riesgos del procedimiento de disección de cáncer de piel eran una posible infección y una pequeña cicatriz que por su tamaño no sería de grandes dimensiones. Así, el procedimiento se llevó a cabo en no más de 30 minutos, luego de los cuales se la vendó y se retiró a su domicilio. Al día siguiente, para su sorpresa, observó que el médico había equivocado el lugar de la cirugía, que la incisión se había efectuado a unos centímetros del lugar donde aquel se encontraba y que el carcinoma no había sido extraído.

Fue por ello que se dirigió de inmediato al hospital para consultar con la Dra. P. R., a quien le comentó lo sucedido. Señaló que dicha profesional se quedó "helada" (*sic*) y que habló con el Dr. S., que se puso "como loco" (*sic*) y no quiso recibirla. Refirió que se acercaron dos personas con guardapolvo blanco que manifestaron ser del equipo médico a cargo de la cirugía, pero ella se negó a ser atendida por ellos y manifestó que esperaría por aquél. Transcurrida una hora, el Dr. S., se acercó, le gritó y la maltrató (*sic*), diciéndole lo siguiente: "… me arruinó la tarde… usted y la doctora me arruinaron la tarde… ni se le ocurra denunciarme por mala praxis; me equivoqué; ¿vos nunca te equivocaste? No pasa nada; ¿Qué se va a hacer?, te lo arreglo… cuando quieras… te doy fecha, ya te doy fecha… ¿cómo no me avisó que le estaba marcando mal la cara, que lo hacía en un lugar distinto?" (*sic*). Siguió relatando que, con angustia, frente a la altanería y soberbia del médico, le contestó que ella no tenía que saber dónde él tenía que marcar y luego de ello se retiró a su domicilio, llorando y con mucho dolor.

Con posterioridad otra profesional, la doctora N. A., le retiró los puntos sin preguntarle de qué le habían operado y por qué no lo veía al médico tratante, y que tras ello le fue entregada la biopsia. Refiere que nadie del hospital le pidió disculpas.

Luego de ello concurrió al Instituto Alexander Fleming (Instituto Privado de Oncología) y en el mencionado establecimiento fue atendida por la doctora C., una dermatóloga oncóloga, y que el 27 de mayo de 2015 fue intervenida quirúrgicamente por el doctor D. E. del equipo del Dr. A. G. Señaló que la mecánica de las anestesias fue traumática para ella y le produjeron un dolor inmenso y muchísima inflamación, además de que en la cara y durante sesenta días debió tener siliconas y un vendaje que la afectaba en su visión hasta que le sacaron los puntos. Explicó que ello fue así, dado que además de extraerle el carcinoma, se le realizó una cirugía reparadora.

La sentencia condenó al galeno emplazado y al nosocomio al pago de la cantidad de $ 213.000, con más intereses y costas. Hizo extensiva la condena contra Seguros Médicos S.A y Noble Compañía de Seguros Sociedad Anónima en los términos de los seguros contratados.

Apelaron la actora, el codemandado doctor S., Seguros Médicos S.A., el H. B. y Noble Compañía de Seguros S.A., expresando sus respectivos agravios que fueron contestados.

II. Ante todo, cabe ponderar que dada la fecha de ocurrencia del hecho, la cuestión atinente a la responsabilidad, así como las consecuencias dañosas derivadas del accidente deberán ser analizadas en orden a las previsiones contenidas en el anterior Código Civil (conf. art. 7 del Código Civil y Comercial ley 26.994, esta Sala en autos caratulados: "Benítez Pamela Lura Noemí c/ Arrieta Roberto Sergio y otros s/daños y perjuicios" sentencia del 15 de diciembre de 2015).

Por otra parte, cuadra recordar que no es obligación de los jueces hacerse cargo de la totalidad de las alegaciones formuladas, pudiendo desechar aquellas que considere innecesarias o inconducentes en relación con el objeto del proceso (conf. C.S.J.N., Fallos 250:36; 302:253; 304:819, entre muchos otros; Palacio-Alvarado Velloso, "Código Procesal...", Rubinzal Culzoni, Santa Fe, 1996, tomo 4, página 406 y sus citas; Fenochietto-Arazi, "Código Procesal...", Astrea, Buenos Aires, 1993, tomo 1, página 620), centrándose sólo en los que sean decisivos (conf. Colombo, Carlos J., y Kiper, Claudio Marcelo, "Código Procesal Civil y Comercial de la Nación. Anotado y Comentado", Buenos Aires, La Ley 2006, t. II, pág. 167; C.S.J.N. abril 29-1970, La Ley, tomo 139, pág. 617; ídem, agosto 27-1971, La Ley, tomo 144, pág. 611; Fallos 296:445; 297:333; 304:451; 304:819, entre muchos otros).

El galeno accionado –con adhesión de Seguros Médicos S.A.– se queja de la responsabilidad atribuida en el pronunciamiento.

Pese al esfuerzo argumental efectuado por el apelante, anticipo que las manifestaciones contenidas en su memorial no pasan de ser meras discrepancias que no logran conmover las claras y precisas consideraciones realizadas por el magistrado de la anterior instancia para decidir de la manera en que lo hizo.

III. Sobre la actuación del galeno, cabe señalar que reiteradamente se ha sostenido que la obligación asumida por el facultativo frente al paciente consiste en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo, destacándose que aunque no esté comprometido a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación (conf.: esta Sala en causa libre nº 270.522 del 13/03/2000, "Santa Coloma María Teresa c/ Araoz Jorge Santiago y O. s/ daños y perjuicios"; íd. causa libre nº 326.489 del 24/04/2002, "Ael Ramón Luis c/ Dirección de obra Social de Entel y O. s/ Resposabilidades Profesionales", y doctrina allí cit.).

Por otro lado, también ha sostenido el Tribunal en precedentes similares (conf.: causas libres nº 270.522 del 13/03/2000, 285.413 del 14/06/2000 y 326.489 del 24/04/2002, entre otras) que la obligación asumida por el facultativo frente al paciente reviste, en principio, el carácter de una obligación de medio y no de resultado, consistente en la aplicación de su saber y de su proceder en favor de la salud del enfermo.

Aunque no está comprometido a curar al enfermo sí lo está a practicar una conducta diligente que normal y ordinariamente pueda alcanzar la curación. De ahí que el fracaso o ausencia de éxito en la prestación de los servicios no signifique incumplimiento. Sólo excepcionalmente la obligación del médico puede ser de tipo delictual (conf.: Llambías, J. J. "Tratado de Derecho Civil –Obligaciones–" t. I, págs. 207, 211, núms. 171 y 172; Alsina Atienza, D. "La carga de la prueba en la responsabilidad del médico. Obligaciones de medio y de resultado", en J.A. 1958-III-587; Bustamante Alsina, J. "Teoría General de la Responsabilidad Civil", pág. 183, núm. 31; CNCiv. Sala "C" en L.L. 115-116).

La prueba de la culpa es indispensable porque ella, además de la responsabilidad que implica, contiene también la demostración del incumplimiento de la obligación de prestar asistencia adecuada que toma a su cargo el ente asistencial y, en su caso, la obra social. Y, precisamente, la prueba de la existencia de esa conducta culposa o negligente corre por cuenta de quien la invoca, debiendo apreciarse la actuación médica conforme a los criterios generales contenidos en los arts. 512 y 902 del Código Civil (conf. mi voto, esta Sala en causa libre nº 536.580 "Hourteillan Horacio Ismael y otro c/ Palacios, Mónica Mabel y otros s/ daños y perjuicios" (Expte. Nº 24.919/99) del 27/08/2010).

IV. Sentado lo anterior, corresponde señalar que no está en discusión que el motivo de la intervención practicada por el cirujano demandado era la de realizar una resección quirúrgica del tejido ubicado en la mejilla izquierda de la actora con diagnóstico de "carcinoma basocelular lobulado", el cual había sido detectado por la dermatóloga de la paciente y conforme surgía del informe histopatológico que luce a fs. 221. Sin embargo, el accionado al realizar la resección quirúrgica del epitelioma en su mejilla izquierda equivocó el lugar y en vez de extraer el tejido enfermo en el que se hallaba el carcinoma lo hizo de otro tejido. La demostración más acabada del yerro incurrido por el profesional no sólo surge del informe histopatológico de la resección que practicara en la intervención aludida –donde se constata que lo extraído no fue el carcinoma (véase fs. 219)–, sino también del hecho de que a raíz de ello debió ser operada nuevamente en otra institución asistencial y por otro profesional, en cuya oportunidad sí se le extirpó el carcinoma ubicado en su mejilla izquierda, precisamente, debajo de su párpado inferior izquierdo (véase historia clínica de fs. 242/253). Ello, por otra parte, surge acreditado a través de la pericia médica llevada a cabo en estos autos (véase fs. 264/267, en especial resp. puntos 1 de fs. 266/267; resp. punto d de fs. 266 y resp. puntos 5 de fs. 266/267).

De allí, que resulta clara la responsabilidad que compromete al médico aquí demandado, pues por su negligencia la víctima debió ser nuevamente intervenida para extirpar el carcinoma biopsiado que era el objetivo de la

primera intervención conforme surge de los antecedentes médicos y del dictamen pericial que ya fueran ponderados.

Las argumentaciones que ensaya el facultativo en esta instancia a los fines de eximir la responsabilidad que le cupo en el yerro no son admisibles. No tiene explicación posible que el galeno hubiese efectuado la resección quirúrgica de la piel en un lugar distinto del que correspondía y, menos aún, que se pretenda atribuirle responsabilidad a la paciente sobre la base de que le habría marcado mal el lugar de la incisión.

Por otro lado, el hecho que el experto en su dictamen pudiera haber respondido como "factible" que ante la poca expresión de la lesión biopsada y la presencia de otra lesión cutánea próxima en la mejilla de la actora pudo haberse interpretado erróneamente la zona a resecar (véase resp. 4 del cuestionario del H. B. de fs. 266 *in fine*), tampoco resulta justificada. Por de pronto, de ser cierta la existencia de otra lesión muy cercana a la que debía extraerse, es claro que correspondía que el cirujano tomara las previsiones del caso y obrara todavía con mayor cautela. Dicho de otro modo, debió –previo a la intervención– determinar con precisión la ubicación exacta del carcinoma, cosa que evidente no ocurrió. O, como lo destaca el juzgador, previo a la operación bien pudo recurrir a su colega la dermatóloga que fue quien le derivó a la paciente a fin de circunscribir el área que habría de extraerse.

A propósito de lo expuesto en el párrafo anterior, cabe recordar que cuando mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos (conf. art. 902 del Código Civil).

En definitiva, ha quedado acreditado en autos que el accionado incumplió su deber que consistía en efectuar la resección quirúrgica del carcinoma de piel en su mejilla izquierda, extrayendo piel que no se correspondía con la de la biopsia practicada y, por cuya razón, posteriormente debió ser intervenida por otro profesional y en otro centro asistencial.

En fin, por estas consideraciones y las contenidas en el fallo recurrido, habré de propiciar el rechazo de los agravios y, en consecuencia, la confirmación de la sentencia en este punto.

V. En lo tocante a las partidas indemnizatorias, el señor juez *a quo* fijó en concepto de incapacidad psíquica la cantidad de $ 20.000 y por tratamiento psicológico la de $ 40.000. A su vez, ponderó el daño estético dentro del daño moral.

La actora se queja por considerar reducidas las sumas fijadas y también porque desestimó otorgar una cantidad específica por daño estético. Por su parte, el accionado pretende la desestimación de los rubros y, en subsidio, su reducción.

Por de pronto, y contrariamente a lo decidido por el juzgador que aplica el Código Civil y Comercial de la Nación al examinar las partidas indemnizatorias, esta Sala –como lo señalara en el considerando II del presente pronunciamiento– ya ha tenido oportunidad de señalar en forma reiterada que cuando el hecho ilícito es anterior a la nueva legislación –como ocurre en el caso que el incumplimiento se produjo el 14/04/2015, fecha de la intervención quirúrgica– no solo la cuestión relativa a la responsabilidad, sino también las consecuencias dañosas que se derivan de ella, corresponde que sean examinadas conforme la normativa del Código Civil anterior.

Por otro lado, esta Sala –a través del voto del doctor Zannoni en los autos: "Galván, Walter Isidro c/ Fernández, Laura Fátima y otro s/ daños y perjuicios" del 08/09/2016, Expte. nº 13.793/2012– se refirió concretamente al alcance de la norma contenida en el art. 1746 del nuevo Código, posición que fuera reiterada por el doctor Galmarini en los autos: "Juárez, Carlina Rosa c/ Transportes Santa Fe S.A.C.I. y otros s/ daños y perjuicios" del 23/09/2016, Expte. nº 1667/2013.

Si bien ese primer precedente citado más arriba, el doctor Zannoni destacó que la norma del art. 1746 no era aplicable al caso que examinara –como ocurre en el presente– por tratarse de daños producidos por hechos que caen en la órbita del derecho anterior, efectuó una serie de reflexiones que resulta ilustrativo destacar.

Así expresó que la norma "tiene una clara estirpe materialista porque contempla exclusivamente la dimensión económica de la persona: lo que puede producir y generar rentas. Lo que el juez debería evaluar es el ingreso por sus labores y fijar una suma dineraria que representará, en la fórmula, el ingreso mensual o anual que se utilizará para el cálculo (conf.: Alferillo, Pascual E., en Alterini, J. H. "Código Civil y Comercial comentado", Bs. As. La Ley, 2015, t. VIII, comentario al art. 1476, pág. 281, nº 2, b). La estimación del daño mediante un capital cuyas rentas permitan atender o satisfacer la disminución de la aptitud del damnificado para realizar actividades productivas o económicamente valorables requeriría, en primer lugar, que la incapacidad fuese atinente a la actividad habitual del damnificado. Bien podría ocurrir –lo que es frecuente– que la incapacidad no se vincule con la disminución o merma en la producción de ingresos del damnificado. En suma, la incapacidad permanente debe apreciarse en relación a la aptitud genérica y no tan sólo a la capacidad para una cierta y determinada actividad. Tal es la razón por la que excede la consideración de una incapacidad laborativa y abarca todas las actividades del damnificado.

Esas consideraciones son las que llevan a la Sala a que haya sostenido reiteradamente que para la procedencia del resarcimiento por incapacidad sobreviniente debe acreditarse la existencia de secuelas físicas o psíquicas de carácter permanente, o sea, que importen una merma para producir recursos o para todas las consecuencias que afecten a la personalidad, o sea, que mira al futuro (conf. esta Sala en expte. Nº 35.171/2002 del 19/02/2014, entre otras).

La pericia médica obrante a fs. 262/267 da cuenta de que la actora presenta una cicatriz nacarada ubicada en la región geniana, debajo del párpado inferior izquierdo de 2,3 cm de largo y 0,3 mm de ancho, en su trayecto se ve de aspecto anfractuosos, levemente elevada en su recorrido con impronta de puntos, como consecuencia de la intervención efectuada. En suma, concluye que presenta una secuela estética en la hemicara izquierda producto de una intervención quirúrgica, donde se puede apreciar en las fotos adjuntadas, teniendo la misma una relación directa causa efecto con la cirugía en cuestión.

Si bien el experto estima que dicha cicatriz implicaría una incapacidad física del orden del 10%, no puedo dejar de coincidir con las consideraciones apuntadas por el magistrado de la anterior instancia en que se pondere dicha secuela estética dentro del daño moral. Además de que a través de las fotografías agregadas por el experto se advierte la escasa entidad de la secuela en cuestión (véase fs. 262/263), no debe olvidarse que –a criterio de la Sala– el daño estético no representa un rubro indemnizatorio autónomo. Ello, por cuanto puede ser considerado al calcular la indemnización por incapacidad, si influye en las posibilidades patrimoniales presentes y futuras de la víctima, como también al calcular el daño moral, si influye en los padecimientos espirituales de aquélla. Es decir, la lesión estética nunca constituye un daño material, sino que –como bien enseña Bustamante Alsina– puede ser un daño patrimonial indirecto o sea susceptible de apreciación pecuniaria, si produce un menoscabo en los bienes del patrimonio (conf.: art. 1068 del Código Civil). En suma, la naturaleza de estas lesiones hace que siempre encuadre dentro del daño moral porque indudablemente afecta un interés extrapatrimonial de la víctima y, a veces, puede también constituir un daño patrimonial indirecto si repercute sobre las posibilidades económicas de aquella (conf.: esta Sala causas libres nº 67.841 del 13-11-90 y doct. allí citada; 106.636 del 16-7-92, entre otras).

Por tanto, habré de propiciar que se desestimen los agravios en este aspecto y sea ponderada la lesión estética al examinar el daño moral.

NOVEDADES

ÁNGEL MARCELO PAFUNDI

PREVENCIÓN DEL DAÑO: JUSTIFICACIÓN Y MARCO REGULATORIO

El Derecho
2020
235 páginas

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

Las partes también se quejan del daño psíquico. El accionado cuestiona su procedencia y si bien la actora pareciera cuestionar su falta de fijación, lo cierto es que objeta por reducido el resarcimiento.

El señor juez admitió la incapacidad psíquica fundado en las conclusiones de la pericia obrante a fs. 304/308, receptada en los términos de los arts. 386 y 477 del ritual, que da cuenta de que el trastorno que padece la actora tiene relación causal con el suceso en cuestión. Así, estima una incapacidad del orden del 5%. Asimismo, la experta recomendó la realización de una terapia por el lapso de un año con una frecuencia semanal.

En su mérito, habiéndose determinado por la profesional en la materia que la víctima presenta secuelas incapacitantes en relación causal con el suceso traumático de autos, su reconocimiento se encuentra justificado, lo que deja sin sustento la queja del accionado.

En cuanto a su monto, valorando la entidad de la secuela, –aun teniendo en cuenta el costo del tratamiento que habrá morigerar la dolencia–, así como las demás condiciones personales (jubilada, 64 años a la época del accidente), me llevan a propiciar se eleve este resarcimiento a la suma de $ 40.000.

La crítica del accionado en relación a la admisión del rubro derivado del "costo por tratamiento" porque no habría sido reclamado, carece de todo asidero. Es que, más allá de que la actora no lo hubiese incluido en la liquidación que practicara (véase punto VI de fs. 93), lo cierto es que claramente surge su reclamo expreso a través de los puntos de la pericia psicológica solicitada al experto (véase punto e de fs. 94 vta.). De allí, entonces, que el juzgador al otorgarlo no vulneró el principio de congruencia (art. 163, inc. 6º del Código Procesal).

Por otro lado, comparto el criterio del juzgador de haber admitido los gastos por la terapia aconsejada a los fines de una mejor adecuación de la víctima para atravesar la dolencia padecida. En cuanto al importe, atento el criterio de esta Sala ($ 1.000 por sesión) y la estimación de la profesional –por el lapso de un año con una frecuencia semanal–, propicio elevarlo a la cantidad de $48.0000.

VI. Por daño moral la sentencia fijó la cantidad de $ 150.000. La actora solicita su aumento y los emplazados su rechazo o bien la disminución.

El daño moral es inmaterial o extrapatrimonial y representa los padecimientos soportados y futuros que tuvieron su origen o agravamiento en el hecho generador. Lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física, no estimables por el equivalente pecuniario, pero sí considerables para la satisfacción por medio de sucedáneos de goce, afección y mitigación al sufrimiento emocional y físico (conf.: esta Sala en causa libre nº 426.420 del 31/10/2005, entre otras).

Contrariamente a lo sostenido por el demandado, cabe señalar que no deben confundirse el daño moral con el da-

Buenos Aires, jueves 10 de junio de 2021 | Nº 15.091 | AÑO LIX

EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

ESTAMOS ATENTOS A LO QUE NECESITES
Atención al cliente: (011) 3988-3256
Correo Electrónico: info@elderechodigital.com.ar
Redacción: (011) 4349-0277
www.elderechodigital.com.ar

ño psicológico, se trata de conceptos diferentes. La confusión entre el daño psíquico y el daño moral es inadmisible. Uno constituye un menoscabo patológico de la salud psíquica, que integra el concepto de incapacidad sobreviniente, mientras que el otro repercute en los sentimientos o en la interioridad del damnificado, lo dañado son bienes de goce, afección y percepción emocional y física (conf.: esta Sala en causa "Molina Silvia Sandra c. Línea 37 Cuatro de Septiembre y otros s/daños y perjuicios" del 26/10/2004, entre otras).

En el caso, la actora presentó secuelas psíquicas en relación causal al hecho en estudio. Además, se le comprobó una cicatriz derivada de la incorrecta intervención quirúrgica y, en especial, que se vio en la necesidad de una nueva cirugía con el consiguiente temor que ello indudablemente produjo en su faz íntima y espiritual. Por ende, no cabe ninguna duda que su reconocimiento se encuentra justificado. En relación al importe admitido, por considerarlo adecuado voto por su confirmación (conf. art. 165 del Código Procesal).

VII. El médico accionado propicia el rechazo del rubro gastos médicos y traslados. Noble Seguros propicia su rechazo o bien su disminución ($ 3.000).

En lo tocante a los gastos médicos y de farmacia la Sala ya ha tenido oportunidad de señalar –en forma coincidente a lo sostenido por la juzgadora– que no se requiere prueba efectiva de estos desembolsos, cuando la índole de las lesiones sufridas las hace suponer (conf.: causa libre nº 476.405 del 10/08/2007, nº 517.440 del 19/10/2009, entre otras).

Por otra parte, también he tenido oportunidad de señalar reiteradamente que, los gastos de movilidad, aunque no estén acreditados en forma cierta y determinada, corresponde que sean abonados, ya que la víctima que debe concurrir a una dependencia para curaciones y control médico ha debido razonablemente utilizar vehículos apropiados para ello, teniendo en cuenta la índole y gravedad de las lesiones sufridas (mi voto en causa libre 157.754 del 14/05/95, entre muchos otros).

Por ende, habrá de confirmarse este aspecto del fallo. En cuanto al importe admitido, por considerarlo adecuado voto por su confirmación (conf. art. 165 citado).

VIII. La parte actora se agravia por cuanto en la sentencia se dispuso que la condena a la aseguradora debe ceñirse a los estrictos términos de los seguros contratados.

En el caso, Noble Compañía de Seguros opuso como límite de cobertura la suma de U$S 600.000 y una franquicia consistente en que el asegurado se encuentra obligado a participar del 50% del monto indemnizatorio, y que dicha participación no podrá ser superior a la suma de U$S 5.000 (conf. fs. 174 vta./175).

Seguros Médicos opuso como límite de cobertura la suma de $ 260.000 y una franquicia del 5% de la suma asegurada a cargo del tomador (conf. fs. 207 vta.).

La actora se opuso a su aplicación a fs. 213/214.

Ya he señalado con anterioridad en esta misma Sala (conf.: exptes. nº 102.819/2006 del 20/04/2011 y nº 83.853/2002 del 26/04/2011) que si bien no cabe hacer aplicación analógica de la doctrina sentada el 13 de diciembre de 2006 en los autos "Obarrio, María Pía c/ Microómnibus Norte S.A. s/ daños y perjuicios" y "Gauna, Agustín c/ La Economía Comercial S.A. de Seguros Generales y otro s/ daños y perjuicios", lo cierto es que se encuentran en juego similares intereses a los que inspiraron aquella doctrina, dictada con sustento en la función social del seguro y el adecuado resguardo a las víctimas (véase mi voto en CNCiv. Sala "A" en expte. "Bruzzone, Paula M. c/ Autopista Parque del Buen Ayre CEAMSE y otro" del 30/12/2009, pub. en Lexis-Nexis nº 700058742).

De allí, entonces, que la contratación de seguros con franquicias o descubiertos que impliquen –como en el caso– una desnaturalización del instituto no puede ni debe ser amparada (conf.: CNCiv. Sala "L" en exptes. nº 65.241/2005, 71.941/2005 y 77.886/2005, del 30/06/2010; CNCom. Sala "E", "Ferrovías S.A. s/ conc. Prev. s/ inc. de rev." del 04/06/2007).

En relación al límite de cobertura, cabe señalar que cuando el límite a terceras personas fue establecido, como en el supuesto de Seguros Médicos S.A., en la cantidad de $ 260.000, esta Sala sostuvo en forma reiterada que su insignificancia implica desnaturalizar el instituto del seguro, afectando los derechos del damnificado en tanto deja de cumplir la función de garantía en la efectiva percepción de la indemnización. Lo irrazonable y abusivo de establecer un límite tan bajo para daños a terceros damnificados por muerte o incapacidad no puede ser aceptado (conf.: esta Sala en Expte. Nº 39.300/2013 "González, José C/ Gandini, Enrique y otros s/ Daños y perjuicios" del 11 de julio de 2013 y sus citas).

En cambio, corresponde atenerse al límite de cobertura pactado por la aseguradora Noble, toda vez que resulta a todas luces razonable.

En consecuencia, se declaran inoponibles las franquicias opuestas por ambas aseguradoras y el límite de cobertura únicamente respecto de Seguros Médicos S.A., ya que el establecido por Noble Compañía de Seguros S.A (U$S 600.000), no afecta los derechos de la aquí damnificada.

VI. [*sic*] En cuanto a la imposición de costas que cuestiona el galeno emplazado, esta Sala ya ha tenido oportunidad de señalar que las mismas participan del carácter resarcitorio de la acción por daños y perjuicios y, por tanto, deben ser soportadas por la accionada, aun cuando prospere sólo en parte (conf.: causa libre nº 315.219 del 10-10-01, entre otras). Por lo demás, tampoco se justifica la invocación de pluspetición que argumenta la apelante, ya que, como es sabido, la norma contenida en el art. 72 del Código Procesal, para ser aplicable, esto es, para que el actor pueda ser condenado en costas, exige que la emplazada haya admitido el monto hasta el límite establecido en la sentencia, cosa que no ha ocurrido en la especie. Por tanto, corresponde desestimar los agravios y, en consecuencia, confirmar este aspecto del fallo.

VII. [*sic*] El H. B. se queja porque en la sentencia se desestimó su planteo de atenuar la indemnización en función del patrimonio del deudor, la situación personal de la víctima y las circunstancias de hecho que al fijar una indemnización, puede atenuarla si es equitativo. (conf. art.1742 del Código Civil y Comercial).

Más allá de que –como dice la apelante– se introdujo la cuestión en la contestación de la demanda (conf. fs. 137 vta. primer párrafo), lo cierto es que, tal como lo señalara el magistrado de la anterior instancia, no se explica de manera concreta cuáles serían las circunstancias especiales que harían aplicable la reducción indemnizatoria.

Nótese que la viabilidad de la reducción equitativa de la indemnización contenida en el segundo párrafo del art. 1069 del Código Civil que agregara la reforma de la ley 17.711, –que es similar al art. 1742 del nuevo ordenamiento– debe interpretarse con criterio restrictivo por tratarse de una excepción al principio de plenitud resarcitoria o de reparación integral (conf.: Zavala de González en "Código Civil y normal complementarias" Alberto J. Bueres - Elena I. Highton Tº 3-A edit. Hammurabi pág. 112).

Además, debe tenerse presente que aunque el texto no califica la situación patrimonial del deudor, como la contempla para reducir la indemnización "si ello fuere equitativo", es innegable que ha de ser de penuria económica para hacer frente a un cabal resarcimiento del daño (conf.: Llambías, J. J. "Código Civil Anotado", t. II-B, coment. Art. 1069, secc. Doctrina, núm. 7, pág. 481, 2ª. Ed. Abeledo-Perrot).

Por tanto, y no habiéndose invocado esa hipótesis, ello resulta suficiente para desestimar sin más el planteo y confirmar, en consecuencia, la decisión de la anterior instancia en este punto.

Por todo lo expresado, si mi voto fuese compartido, propongo que se confirma la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en cuanto a los rubros "incapacidad psicológica" y "costo del tratamiento" que se elevan a $ 40.000 y $ 48.000, respectivamente. Asimismo se declaran inoponibles las franquicias opuestas por las aseguradoras emplazadas y el límite de cobertura exclusivamente contemplado en la póliza de Seguros Médicos S.A., quienes deberán responder de forma ilimitada. Las costas de alzada deberán ser soportadas por los demandados que resultan sustancialmente vencidos.

Por razones análogas a las aducidas por el Dr. Posse Saguier, los Dres. *Galmarini* y *Zannoni* votaron en el mismo sentido a la cuestión propuesta.

Autos y *Vistos*:

Por lo que resulta de la votación que instruye el acuerdo que antecede, se confirma la sentencia en lo principal que decide, modificándosela en cuanto a los rubros "incapacidad psicológica" y "costo del tratamiento" que se elevan a $ 40.000 y $ 48.000, respectivamente. Asimismo se declaran inoponibles las franquicias opuestas por las aseguradoras emplazadas y el límite de cobertura exclusivamente contemplado en la póliza de Seguros Médicos S.A., quienes deberán responder de forma ilimitada. Las costas de alzada deberán ser soportadas por los demandados que resultan sustancialmente vencidos.

Pasen los autos a estudio por honorarios. Notifíquese. Devuélvase. – *Fernando Posse Saguier. – José L. Galmarini. – Eduardo A. Zannoni.*

COLUMNA LEGISLATIVA

Legislación Nacional

Ley 27.621 – Derecho Ambiental. Recursos Naturales. Implementación de la Educación Ambiental Integral en la República Argentina. Definiciones. Principios. Estrategia Nacional de Educación Ambiental (Sanción: 13/5/2021, Promulgación: 1/6/2021; B.O. 3/6/2021).

Resolución 576 de junio 2 de 2021 (SEmpl.) – Trabajo. Seguridad Social. Prestaciones por Desempleo. Prórroga (B.O. 3/6/2021).

NOVEDADES

BIBIANA NIETO

DERECHO A LA INTIMIDAD DEL NIÑO
Alcances de su protección jurídica

El Derecho
2020
232 páginas

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