

Doctrina

Inoponibilidad de la personalidad jurídica



Rafael M. Manóvil

Abogado (UBA) y Doctor en Derecho. Director del Programa de Posgrado en Derecho Societario e integrante de la Comisión de Doctorado (UBA). Profesor en el Máster de Derecho Empresario (UAustral). Profesor en el Máster en Derecho y Economía (Univ. Di Tella). Miembro titular de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales.

SUMARIO: I. Justificación del tema de esta comunicación.— II. Desestimación, penetración, levantamiento del velo o inoponibilidad.— III. La desestimación en la Argentina antes de la Ley de Sociedades y antes de su reforma de 1983.— IV. El régimen de la Ley de Sociedades y del Código Civil y Comercial.— V. La mecánica y el alcance de la inoponibilidad.— VI. Los presupuestos de la inoponibilidad.— VII. ¿Necesidad de un elemento subjetivo para que proceda la inoponibilidad?— VIII. Legitimación.— IX. La responsabilidad.— X. Inoponibilidad y terceros de buena fe.— XI. Aspectos procesales y prescripción.— XII. Cierre.

I. Justificación del tema de esta comunicación (*)

La historia del reconocimiento de la calidad de sujeto del derecho a entidades ideales distintas de las personas naturales, particularmente de entidades privadas, se extiende a lo largo de siglos (1). Pero una vez instalado el concepto de persona jurídica en la generalidad del derecho universal (2), su uso para los más diversos fines, caracterizado por la separación de las esferas patrimoniales, de funcionalidad y de actuación de la persona jurídica respecto de sus miembros, ha tenido un crecimiento geométrico. No parece ya necesario explicar la inmensa utilidad de la personificación de entidades que interactúan en la vida económica, en las actividades civiles, comunitarias, solidarias, benéficas, etc.: la observación de la realidad proporciona la evidencia de que es así.

Ya en la primera parte del siglo XIX, sin embargo, se produjeron casos en los cuales, por razones de equidad, los jueces, principalmente de los Estados Unidos, dieron soluciones que se apartaron del reconocimiento de la separación entre persona jurídica y sus integrantes. A partir de esos lejanos antecedentes, y particularmente con el crecimiento cuantitativo de las personas jurídicas, no solo se fueron multiplicando los fallos en la

jurisprudencia de los Estados Unidos, sino también comenzaron a darse casos en países del derecho continental. A mediados del siglo XX comienzan a intensificarse los desarrollos teóricos y doctrinarios, particularmente en el derecho alemán. De estos, a su vez, derivan nuevas líneas jurisprudenciales e intentos de sistematización que, en nuestro país, llegaron a culminar con el dictado de la primera norma del derecho positivo universal sobre el punto.

Desde entonces, el peligro del mal uso, del uso desviado o del uso inequitativo de la persona jurídica, para el cual se desarrollaron remedios como el *corrimiento del velo*, la *desestimación o la inoponibilidad de la personalidad jurídica*, tuvo su creciente paralelo con el equiparable peligro de que un remedio creado para resolver casos excepcionales fuera usado en forma cada vez menos rigurosa, convirtiendo la excepción en regla.

Sobre este peligro advertía Antonio Polo en el prólogo a la traducción española de la clásica obra de Rolf Serick, cuando decía que “cuando el derecho ofrece los cuadros de una institución y les atribuye unas determinadas consecuencias jurídicas, el daño que resulta de no respetar aquellas, salvo casos excepcionales, puede ser mayor que el que provenga del mal uso que de las mismas se haga” (3).

Estas palabras concitaron la reacción de algunos autores enrolados en la tesis del uso expansivo de este instrumento, sobre la base de presumir de que las conductas están dirigidas al fraude hasta que se demuestre lo contrario. De tanto en tanto, confiesan su desconfianza esencial respecto de las personas jurídicas, en especial de las sociedades, y su rechazo a la limitación de la responsabilidad de sus miembros (4). No es propósito de esta comunicación polemizar ni tratar de rebatir esas posturas extremas, pero sí tratar de volver a reflexionar sobre el instituto, especialmente a la luz de la novedad legislativa producida al respecto con la sanción del Código Civil y Comercial.

Como es sabido, siguiendo en ello al Proyecto de 1998, el Código Civil y Comercial incorpora un Título II al su Libro I, destinado a la *Persona Jurídica*. El Capítulo 1 trae una Parte General, en el marco de cuya Sección 1ª, antes aun de establecer la clasificación de las personas jurídicas y de enumerarlas, con alcance para todas ellas, el art. 144 reproduce el instituto reglado desde la reforma de 1983 en el tercer párrafo del art. 54 de la Ley General de Sociedades. Resalto que el Proyecto de Unificación de 1998 no proponía una disposición semejante.

Fundamentalmente en dos aspectos, el texto de la nueva norma se inspira en la pro-

puesta de modificación al art. 54 de la LGS proyectada en 2003 por la comisión ministerial integrada por los Dres. Jaime Anaya, Salvador D. Bergel y Raúl A. Etcheverry. El primero es que, refiriéndose a la actuación de la sociedad, suprime la expresión “que encubra” para reemplazarla por “que esté destinada a”, evitando así el equívoco que supondría aplicar la inoponibilidad solo cuando la actuación inculpada hubiera sido oculta, pero no cuando esa actuación hubiera sido aparente (5). El segundo consiste en establecer, como lo hace la ley uruguaya de 1989, que la aplicación de la inoponibilidad no podrá afectar los derechos de terceros de buena fe, solución esta sobre la que se volverá más adelante.

Por lo demás, el art. 144 contiene algunas torpezas propias de usar una norma prevista para las sociedades comerciales, tratando de extenderla a personas jurídicas distintas en su naturaleza y en su elemento causal, como lo son las asociaciones civiles, las fundaciones, las mutuales, las comunidades o entidades religiosas y hasta el consorcio de propiedad horizontal, por no citar a las personas jurídicas públicas (6).

Así, además de incompleta es inadecuada la enumeración de los sujetos pasivos de la imputación de la actuación, cuando la norma enuncia que ello será “a quienes a título

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(*) La presente comunicación corresponde a la sesión plenaria de la Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales de Buenos Aires del 28 de octubre de 2021 realizada por la plataforma Zoom.

(1) De ciertos remotos antecedentes del Derecho Romano derivó el concepto de corporación que, a la caída del Imperio, se diluyó durante buena parte de la Edad Media. Sin embargo, existieron unidades patrimoniales separadas, tratadas como *persona ficta* o como *representata*. Puede verse SAVIGNY, Karl Friedrich, “System des heutigen römischen Rechts”, t. II, (1840); SCHNORR von CAROLSFELD, Ludwig, *Geschichte der juristischen Person* (1933) y SCHNITZER, Helmut, “Die juristische Person in der Kodifikationsgeschichte des ABGB”, en *Festschrift für Walter Wilburg* (1965), citados por WIEDERMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, Ed. C. H. Beck, München, 1980. 191. En particular sobre

el origen y la evolución de la persona ficta, DE CASTRO y BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1981, ps. 144/64. Para una excelente exposición sobre la persona jurídica, su carácter y su historia CAPUTO, Leandro J., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, Astrea, Buenos Aires, 2006, ps. 1/86 y sus citas.

(2) El comienzo de la historia moderna de la personalidad de los entes ideales comienza a fines del siglo XVII con DOMAT (*Les lois civiles dans leur ordre naturel*, de 1689), que por primera vez coloca a la corporación en el ámbito y la sistemática de las personas, y con PUFFENDORF (*De jure naturae et gentium*, libro octo, de 1672), que acuña el concepto de persona moral (aunque Grocio ya había usado un concepto similar), en el que, en calidad de sujetos de derecho, incluye tanto a las personas naturales como a las ideales. Un siglo después Gustav HUGO (*Lehrbuch des*

Naturrechts als einer Philosophie des positiven Rechts, de 1798) propone la expresión persona jurídica, que se divulga rápidamente en el ámbito del derecho germánico y de allí pasa a varios países latinos. Sobre estos temas, DE CASTRO y BRAVO, Federico, “La persona jurídica”, Ed. Civitas, Madrid, 1981, ps. 164/7; y WIEDERMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 191.

(3) POLO, Antonio, prólogo a ROLF SERICK, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, Trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, p. 18.

(4) Como ejemplo de esta concepción, véase el reciente artículo de NISSEN, Ricardo A., “La naturalización de las anomalías societarias”, LA LEY 01/10/2021, 1, y muchos otros del mismo autor en la misma línea, entre otros, La inoponibilidad de la personalidad jurídica de las sociedades como ícono del dogmatismo societario. Al-

gunas reflexiones sobre la aplicación del artículo 54 último párrafo de la ley 19.550 a las sociedades por acciones (SAS), *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 20, 2019-3, ps. 9/17.

(5) Despejar el equívoco es útil, aunque, como se ha señalado, aún con el texto vigente esa interpretación sería absurda (BARREIRO, Marcelo, “La inoponibilidad societaria en el anteproyecto de reformas a la Ley de Sociedades”, JA, 2004-III-94). Para comentarios sobre este proyecto, ver también LÓPEZ RAFFO, Francisco M., “La inoponibilidad de la personalidad societaria según el Proyecto de Reforma a la Ley de Sociedades Comerciales”, ED, t. 214, ps. 830/7.

(6) Sobre estas la aplicación a estas últimas, remito a RICHARD, Efraín H. y PALAZZO, José Luis, “El artículo 144 del Código Civil y Comercial. Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, LA LEY, 2016-B, 850.

Nota a fallo

Niños en estado de adoptabilidad

Necesidad de que los jueces evalúen el vínculo con los

guardadores y la familia biológica. Interés superior del niño. Recomendaciones a los jueces del caso. CS, 07/10/2021. - L., M. s/abrigó.

[La adopción y la necesidad de un abordaje integral e interdisciplinario a la luz del mejor interés de NNA](#)

9 María Laura Ciolli

10

de socios, asociados, miembros o controlantes directos o indirectos, la hicieron posible". Mencionar a los socios es superfluo para los de las sociedades, porque a estas, de proceder, se les aplicará lo dispuesto en el art. 54 de la LGS (7). Con la palabra *miembros* debería abarcarse a quienes integran una fundación (fundadores, consejeros), un consorcio de propietarios (copropietarios), una comunidad religiosa, etc., pero no les sienta con exactitud a ninguno de ellos.

El mayor error conceptual anida en la referencia a sus controlantes directos o indirectos. El del control es un fenómeno exclusivamente societario, solo predicable respecto del que es ejercido sobre sociedades, y ni siquiera sobre todos los tipos (8). El control definido en el art. 33 de la LGC describe una situación que permite ejercer un poder orgánico (9) dominante sobre el sujeto dependiente, es decir, permite formar la voluntad social desde fuera de la sociedad. Por sus propias estructuras, no aplica a una cooperativa, a una mutual o a una asociación civil, donde rige el principio de un voto por cada socio o asociado, y otro tanto ocurre en las comunidades religiosas. Tampoco es compatible con la noción de control el poder ejercido en una fundación por su consejo de administración. Los consejeros, lo mismo que los administradores de cualquier sujeto de derecho, tienen su propio régimen de competencia, facultades, obligaciones y responsabilidades. Carece de sentido hablar de control de una fundación.

Tampoco cuadra el término respecto de un consorcio de propiedad horizontal. Puede darse el caso, por supuesto, de que una sola persona sea titular de la proporción mayoritaria de la superficie y también de la

mayoría numérica de unidades (art. 2060, CCyC). Pero eso no la erige en *controlante*. En todo el derecho comparado las reglas especiales en materia de *control* están vinculadas a la prevención de conflictos de intereses empresarios entre controlante y sociedad controlada, que la primera tiene el poder de decidir en favor de sus propios intereses empresarios (10). Un consorcio de propiedad horizontal no realiza actividad productiva alguna: se limita a administrar los sectores comunes y el conjunto inmobiliario que lo conforma.

El art. 144 del CCyC incurre en una incongruencia adicional al duplicar el régimen de responsabilidad. Por una parte repite el último tramo del actual art. 54, tercer párrafo, de la LGC, que establece que quienes hicieron posible la actuación que da lugar a la inoponibilidad "responderán solidaria e ilimitadamente por los perjuicios causados". Por la otra, incorpora íntegro el párrafo del Proyecto de 2003 —el que hace prevalecer los derechos de terceros de buena fe— que dispone que ello es "sin perjuicio de las responsabilidades personales de que puedan ser pasibles los participantes en los hechos por los perjuicios causados". No se tuvo en cuenta que, en la fuente, esta disposición reemplazaba al texto vigente y, separando la responsabilidad de la imputación de la relación jurídica, establecía la de quienes hubieren generado la situación dañosa, ampliando así el elenco de los sujetos pasivos al abarcar a todos quienes hubieran intervenido, no solo a los socios o controlantes.

La metodología de trabajo empleada para la confección del Código Civil y Comercial, y la presión del tiempo impuesto por el poder político fueron, sin duda, la causa de que

no haya habido la oportunidad de debates y análisis más profundos sobre la conveniencia de incluir esta disposición y, en su caso, la de una revisión minuciosa de su contenido y alcance.

En mi opinión, la disposición era innecesaria (11) y resultó defectuosa. De todos modos, la sanción de esta norma ha hecho proclamar a algún autor que ello habría erigido al instrumento de la inoponibilidad de la personalidad jurídica en *principio general del derecho* (12), a ser utilizada en forma amplia y sin atención estricta a los recaudos exigidos por la ley.

Este estado de cosas justifica las reflexiones y el análisis sobre este relevante instrumento del derecho, que abre el ingreso al campo de los *límites* al reconocimiento de la personalidad jurídica o, en otros términos, en el de la *superación o relativización* (13) de la personalidad (14).

II. Desestimación, penetración, levantamiento del velo o inoponibilidad

II.1. Introducción

Cualquiera sea el nombre que se dé al instituto [penetración, prescindencia, desestimación (15), *corrimiento del velo*, redhibición, inoponibilidad, etc.], se trata de la no aplicación del principio de separación de la persona jurídica en alguno de sus aspectos o efectos. O sea, versa sobre la restricción de la norma de separación y, por vía de interpretación, de analogía o de prevalencia de otros principios, de su sustitución por otra norma. Es importante subrayar este preciso punto del problema. No se trata de afectar a la totalidad de la personalidad jurídica: al

fueron realizadas con el fin de liberar a la sociedad de una obligación incómoda. (...) Importaría un grave precedente admitir que un gremio mal administrado y controlado pueda abandonarse por sus asociados en forma masiva para suplantarlos por otro que en su mismo ámbito —o en uno menor— cumpla idénticos fines, burlando sin posibilidad de amparo legal a quienes le han otorgado crédito" (CNCiv., sala D, 16/03/71, JA 9-1971-410).

(12) MARTORELL, Ernesto E., "La inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial. Responsabilidad por uso disfuncional de la sociedad", LA LEY, 2014-F, 993, y también en "Hacia un nuevo derecho societario pospandemia. Graves errores pasados y desafíos de la hora", LA LEY, 2020-E, 949, con invocación de LORENZETTI, Ricardo L., "Presentación del Proyecto, en Código Civil y Comercial de la Nación", Ed. La Ley, p. VI. Sin embargo, en los Fundamentos con los que la Comisión Redactora acompañó el Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación, se lee un criterio distinto: "Rige además la desestimación, prescindencia, inoponibilidad, etcétera, de la personalidad jurídica, como instituto de excepción al criterio de separación o diferenciación", explicándose luego que debe extenderse a cualquier persona jurídica, "lo cual fundamenta la previsión del instituto en un sistema general". Algo parecido dicen GULMINELLI, Ricardo L., "La inoponibilidad de la personalidad jurídica", LA LEY, 2016-C, 988 y BORDA, Guillermo J., "La recepción generalizada de la teoría de la inoponibilidad (A propósito del artículo 144 del Código Civil y Comercial)", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, 2015-2, ps. 110/2. En contra de la pretensión de elevar la inoponibilidad a principio, con respaldo en jurisprudencia de la Corte Suprema (fallos *Aguinda Salazar c. Chevron Corporation*, 4.6.2013, LA LEY, 2013-C, 522 y *Asociación Superficiales de la Patagonia c. YPF SA*, 30/12/2014), CROVI, Luis Daniel, "La parte general de las personas jurídicas en el Código Civil y Comercial de la Nación", *Revista de Derecho Privado y Comunitario*, T. 2015-2, p. 16.

(13) Se debate en la doctrina sobre el uso de la expresión "relativización". Pero debe aceptarse que, particularmente en materia de grupos de sociedades, es indudable que, como dice Behrens, existe "una relativización de la independencia de las personas jurídicas frente a su titular, y de ello deriva, al mismo tiempo, la relatividad de unidad y pluralidad en el grupo" (BEHRENS, Peter, "Der Durchgriff über die Grenze", en *Rabels Zeitschrift*, Año 46, p. 310). La escuela del análisis económico del derecho encuentra esta relativización de la persona jurídica no solo en la apreciación jurídico-dogmática de los límites

derecho le interesa solo el efecto concreto necesario para efectuar la correcta imputación de la relación jurídica de la que se trate, mientras que la persona jurídica subsiste con todas sus demás características de sujeto de derecho, ello a todos los demás efectos. Como lo ha descrito un autor alemán, "la penetración le niega a la sociedad su posición propia como centro de imputación, o, contrariando la restricción legal en materia de imputación, le atribuye la actuación del socio (o viceversa). Esto ocurre en consideración a la finalidad de la propia norma objeto de la limitación, para preservar el instituto jurídico al que pertenece la norma en razón de la prevalencia material de otra norma de derecho de igual rango formal, o para la preservación de un principio de ética jurídica de mayor significación" (16).

Nos hallamos, pues, ante un problema de ponderaciones y de valores. Ello hace que, ante la ausencia de normas positivas como las del derecho argentino, las exposiciones que se hicieron en el derecho comparado tropiecen con dificultades de sistematización. Las del derecho norteamericano, cuna de abundante jurisprudencia que dejó sin efecto los límites de la personalidad corporativa, tropiezan con su resistencia a la abstracción y a los conceptos: omitiré tratarlos en este lugar (17). Las del derecho continental europeo, caen con frecuencia en el defecto inverso. A esto se suma la heterogeneidad de los supuestos a los cuales cabe la aplicación de límites a la personalidad jurídica o a sus efectos, lo cual, precisamente en el terreno de los efectos, genera una gran dispersión de resultados. Además, muchos casos que aparecen resueltos con invocación de la doctrina de la desestimación son, en realidad, aplicación de otros principios del de-

(7) Recuérdese que el art. 150 del Cód. Civ. y Com. establece que "las personas jurídicas privadas que se constituyen en la República se rigen: a) por las normas imperativas de la ley especial o, en su defecto, de este Código". Cfme.: VÍTOLO, Daniel Roque, "Las sociedades unipersonales en el derecho privado", Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 178 y ss. No obstante, pretendiendo una interpretación integradora, BOQUÍN, Gabriela F., Inoponibilidad de la persona jurídica: Código Civil y Comercial y ley 19.550, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 17 2016-1, ps. 97/101. En sentido parecido, JUNYENT BAS, Francisco - JUNYENT BAS de SANDOVAL, Beatriz, "La inoponibilidad de la persona jurídica a la luz del artículo 144 del Código Civil y Comercial", ED, t. 275, ps. 465/73.

(8) Al respecto me remito a MANÓVIL, Rafael Mariano, "Grupos de sociedades en el derecho comparado", Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, ps. 357/60.

(9) Dejo de lado el hecho, que considero criticable, de la inclusión en esa norma del llamado control externo de hecho, o sea el establecido por "especiales vínculos", principalmente contractuales, porque se trata de un fenómeno contractual, regido por el derecho común, y no de la afectación, real o potencial, de la formación orgánica de la voluntad de la persona jurídica societaria.

(10) Por ello, el parágrafo 15 del AktG alemán de 1965 define la relación de control o dominación calificando al sujeto dominante, cualquiera sea su naturaleza, como empresa. Así lo diferencia del simple accionista mayoritario.

(11) Si la jurisprudencia anterior a 1983, y aun la anterior a la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades en 1972, pudo construir el instrumento de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad, tanto más puede hacerlo respecto de personas jurídicas no societarias contando con una norma como el art. 54, tercer párrafo, LGS, que puede ser aplicada por analogía (Cód. Civ. y Com., art. 2º). Ya en 1971 lo hizo así la Cámara de Civil respecto de una asociación civil sindical en el caso S.U.P.A. s. Concurso. El Sindicato Único Portuarios Argentinos se hallaba en concurso civil, y su actuación fue continuada por un Sindicato Unidos Portuarios Argentinos. Para extender los efectos del concurso civil a esta última, se dijo allí que "puede desestimarse la forma de la persona jurídica cuando por medio de la misma se eluden obligaciones contraídas por otra de la que es transformación. Aun cuando desde el punto de vista formal la nueva persona jurídica sea distinta de la disuelta, ambas pueden considerarse idénticas si la disolución y la nueva fundación

del reconocimiento de la personalidad, sino también en su enfoque económico. Al respecto, LEHMANN, Michael, "Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts und Konzernrecht", en *ZGR*, Año 15, 1986, Nº 3, p. 347 y citas en nota 17, quien llega a afirmar, incluso, que "debe investigarse hasta dónde y hasta cuándo una economía social, sustentada en la competencia, debería mantener la ficción de la persona jurídica sin consideración a su integración a un grupo, sin que esa construcción comience a convertirse en dañosa para el bien común" (ibidem, ps. 247/8).

(14) Este campo no se abrió solo en los derechos nacionales, sino que también provocó un pronunciamiento del Tribunal Internacional de Justicia de La Haya cuando declaró que la personalidad jurídica no puede ser considerada como un absoluto (Fallo del 5.2.70. en el caso *Barcelona Traction Light and Power Co. Ltd.* (formalmente, Bélgica c. España, publicado en ED, T. 48, p. 1005). Se trataba de un pedido de protección diplomática planteado por el gobierno belga contra el gobierno de España respecto de ciudadanos belgas que eran los accionistas principales (88 % del capital) de la compañía canadiense que da nombre al caso. El reclamo fue rechazado, pero no por otorgar rigidez al formalismo del lugar de origen de la sociedad en la atribución del interés nacional en formular el reclamo. Para referencias a otros casos de desestimación de la personalidad, resueltos en el ámbito de la Comunidad Europea, HÜBNER, Ulrich, "Der Durchgriff bei juristischen Personen im europäischen Gesellschafts- und Unternehmensrecht", en *Juristenzeitung*, Mohr, Tübingen, 1978, ps. 705/8.

(15) En la doctrina argentina se ha distinguido el concepto de penetración del de desestimación: "La penetración es una superación de la forma jurídica persona adoptada por la pluralidad organizada en unidad, es un levantar el velo de la personalidad, un mirar dentro de ella para atender a sus realidades internas y a la que es propia de quienes conforman o disponen de la voluntad que la ley le asigna. La penetración se efectúa ya normativamente, mediante una disposición legal... bien mediante la acción jurisdiccional que resuelve el caso concreto desestimándola y juzgando... En ambos casos media, en nuestra opinión, penetración de la persona, aunque sea distinto su fundamento, régimen y efecto; pero solo en el segundo caso puede hablarse de desestimación" (SUÁREZ ANZORENA, Carlos, "Personalidad de las sociedades", Cap. III de *Cuadernos de Derecho Societario* (Zaldívar y otros), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, t.I., p. 157).

(16) REHBINDER, Eckard, "Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht (eine rechtsvergleichende Untersuchung nach deutschem und amerikanischem Recht)", Verlag Gehlen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 107, y también en "Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht", en *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, ps. 580/1.

(17) Remito al muy completo análisis de DOBSON, Juan M., El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado), Depalma, Buenos Aires, 1991. Se suele citar como primer intento de sistematización de la jurisprudencia de los Estados Unidos el de WORMSNER, *Piercing the Veil of the Corporate Entity*, en la *Columbia Law Review* de 1912, p. 496. La evolución del derecho norteamericano en el punto se puede dividir en etapas conceptuales, no necesariamente delimitadas con claridad. En su formulación tradicional, la jurisprudencia de la desestimación o corrimiento del velo (*piercing the veil*) se aplicó a casos de sociedades con accionistas personas físicas que eran mayoritarios en todas ellas, en los cuales, mantener la separación jurídica y patrimonial resultaba una notoria injusticia. En la década del treinta, en cambio, se fueron delineando pautas o *standards* de aplicación, entre los cuales uno de singular importancia es el relativo al ejercicio efectivo e intenso del control, como elemento diferenciante de la sola tenencia de la mayoría: en el fallo *Lowendahl v. Baltimore & ORR* se habla de "la completa dominación, no solo de las finanzas, sino también de la política y de la práctica de los negocios respecto de la transacción atacada, de modo tal que la entidad corporativa no haya tenido en ese momento una voluntad separada ni existencia propia" (Publicado en 247 AD 144, 157, 287 NYS 62, 76, y su confirmación en 272 NY 360, 6 NE 2d 56, Año 1936). En otra serie de fallos, se fueron adicionando conceptos como los de actuación fraudulenta, contraria a derecho, moralmente reprochable o esencialmente inadecuada. La falta de cumplimiento de las formalidades de funcionamiento de la sociedad fue también un elemento importante, porque podía implicar una calificación como mera división o parte, o como agente (representante), *alter ego*, títere o instrumento del sujeto o sociedad controlante. Un análisis más reciente de la doctrina judicial de los Estados Unidos, particularmente referida a supuestos societarios, en GEVURTZ, Franklin, "Report on the United States", en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum. Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 211/19.

recho positivo, o pudieron haberse resuelto de igual manera utilizándolos. Es así que en la mayor parte del derecho comparado se recurre a una doctrina directamente derivada de la *equidad*, sin contornos precisos.

El caso más frecuente, que es también el que suelen visualizar quienes escriben sobre el tema, es el de la extensión de responsabilidad por obligaciones sociales a quienes están detrás de la sociedad. Pero está lejos de ser el único. También se ha aplicado el remedio para calificar la nacionalidad de una sociedad en función de la de sus socios a determinados efectos de interés público; el ocultamiento de patrimonio en relaciones familiares, o en fraude a los acreedores; la extensión de los efectos de una obligación de no hacer, o de la obligación de cumplir una prestación en especie; la compensación de créditos y deudas entre un tercero por una parte, y sociedad y socio por la otra, etc. La variedad de situaciones ha hecho difícil en el derecho comparado predicar principios o atribuir efectos uniformes para todos los supuestos.

A mediados de la década del cincuenta del siglo XX se comenzó en el derecho continental a intentar una sistematización doctrinaria de la desestimación de la personalidad con el propósito de superar la jurisprudencia que la aplicó usando a veces muletillas ambiguas, como la necesidad de tomar en cuenta “la realidad de la vida, el poder de los hechos y las necesidades económicas” (18). De esos años son las obras de Reinhardt (19), Serick (20), Drobnič (21) y Müller-Freienfels (22), comentarista crítico de la obra de Serick. Tanto estos desarrollos como los que les siguieron coinciden en ciertos presupuestos básicos: el rechazo al uso indiscriminado de la equidad para la solución de los casos concretos, la concepción de la persona jurídica como realidad normativa y la relativización del postulado que vincula ejercicio de poder con la responsabilidad de quien lo ejerce (“keine Herrschaft ohne Haftung”) (23), en tanto se lo entienda como negación de la limitación o exclusión de responsabilidad de los socios en los tipos que la admiten (24).

II.2. La doctrina del abuso de la personalidad en Alemania

Serick elaboró la doctrina del abuso subjetivo de la personalidad. La jurisprudencia

del BGH alemán aplicó este criterio a poco de la aparición de su obra, en un fallo en el que estableció que, “como principio, debe agregarse un aspecto subjetivo que caracterice la conducta del socio que invoca la independencia de una SRL, como violatoria de la buena fe o contraria a las buenas costumbres” (25). Pero esa jurisprudencia fue pronto dejada de lado y sustituida por criterios objetivos vinculados con el uso de la persona jurídica en contradicción con su finalidad o contraria al derecho (26).

Contra lo que suele ser la opinión generalizada, Serick, al insistir en la constatación del elemento subjetivo del abuso de la personalidad para admitir su penetración, y al rechazar las doctrinas puramente objetivas, expuso una posición rigurosamente restrictiva y moderadora en su aplicación (27). Tanto es ello así, que en su segundo y menos conocido trabajo sobre el tema concluye haciendo literalmente suyas las prevenciones del prólogo de Antonio Polo a la traducción española de *Apariencia y realidad...* (28). En síntesis, Serick sostiene que:

(i). El juez puede prescindir de la separación entre sociedad y socio para impedir un resultado antijurídico, cuando la estructura formal de la persona jurídica se utiliza de manera abusiva. El abuso se configura cuando la persona jurídica sirve o ayuda para “burlar la ley, quebrantar obligaciones contractuales o perjudicar fraudulentamente a terceros” (29). Esto se evita “si se aparta la forma de la persona jurídica y se adoptan medidas que penetren hasta los hombres que se hallan detrás de la misma” (30). Debe mediar mala fe, porque, de lo contrario, en Alemania, por falta de sustento normativo, no cabe aplicar el instituto (31). En cuanto a los efectos de la penetración, se determinan “según la peculiaridad de cada caso concreto” (32).

(ii) No puede descartarse la forma de la persona jurídica por el solo hecho de no poderse lograr la finalidad de una norma o de un negocio jurídico, excepto “cuando se trate de una regla del Derecho de sociedades de valor tan fundamental que no deba encontrar obstáculos ni siquiera de manera indirecta” (33).

(iii) Las normas referidas a calidades o capacidades humanas deben aplicarse tam-

bién a las personas jurídicas, “cuando la finalidad de la norma corresponda a la de esta clase de personas” y “en este caso podrá penetrarse hasta los hombres situados detrás de la persona jurídica para comprobar si concurre la hipótesis de que depende la eficacia de la norma” (34). El propio Serick señala que aquí “la penetración tiene un carácter diferente. No se trata de la identificación entre la persona jurídica y los socios, ni de una equiparación entre estos y el patrimonio de la sociedad, sino simplemente de una transferencia de calidades o capacidades de los socios a la persona jurídica” (35).

(iv) Cuando la forma jurídica es empleada para ocultar la identidad de las personas que intervienen en el acto, la personalidad debe descartarse si la norma aplicable presupone necesariamente la efectiva pluralidad de personas (36).

Un autor observó con agudeza que cualquier teoría del abuso es susceptible de ser objetivada: cuando la ley o la doctrina establecen pautas descriptivas de situaciones o conductas que importan definir supuestos en que se utiliza la persona jurídica de modo contrario a su finalidad, desaparece todo elemento intencional como presupuesto para la desestimación (37). Esto explica que se haya formulado una doctrina del abuso objetivo de la personalidad. En algún antiguo fallo del BGH se desarrolló precisamente este concepto: “la figura jurídica de la persona jurídica no puede ser aplicada en la medida que su utilización contradiga a la finalidad del ordenamiento jurídico” (38). Esta doctrina fue la que volvió a prevalecer en la jurisprudencia del BGH luego de los fallos que siguieron a Serick, citados más arriba (39).

Lo cierto es que la doctrina de la aplicación objetiva del remedio se construyó a partir de la observación de que requerir el ingrediente subjetivo importaba restringir el campo de aplicación del instituto y de que, si media un factor subjetivo, aplica la genérica obligación de indemnizar daños intencionales. Serick replicó señalando que el propósito distintivo de la penetración de la personalidad no consiste en generar una acción indemnizatoria, sino que el objeto es que “la acción misma [sea] dirigida al verdadero deudor” (40).

Por mi parte, opino que la objetivación de los presupuestos de la desestimación quita al instituto todo carácter sancionatorio y lo torna aplicable a las situaciones que objetivamente lo ameritan.

II.3. Las doctrinas llamadas de “la adecuada aplicación de las normas” o de la finalidad normativa

En su reseña crítica de la obra de Serick, Müller-Freienfels expuso la doctrina de la adecuada aplicación de las normas (41). El punto de partida de esta tesis se apoya en el concepto de persona jurídica como una “abreviación constructiva”, enunciada por Wolff (42). Para esta doctrina, la problemática que se intenta resolver con la desestimación no admite una solución generalizada y unitaria a partir de la persona jurídica, sino que, en cada supuesto, se estará ante un problema de aplicabilidad adecuada de las normas. El hecho de que se halle involucrada una persona jurídica no hace que el conflicto concreto sea un problema de la persona jurídica en sí misma (43), sino de su actuación externa. En lugar, entonces, de plantearse el tema como una violación del principio de la separación de la persona jurídica respecto de sus miembros, se trata de corregir y adecuar la imputación de las relaciones jurídicas. Decidir si corresponde o no penetrar en la personalidad jurídica debe resultar del “sentido y alcance de la norma concreta en su relación con una determinada unidad de imputación”, y ello en el marco del orden público y de los intereses en juego (44). El enunciado de la doctrina puede resumirse diciendo que “la penetración (*Durchgriff*) es la no aplicación de una norma que ubica su imputación o su encuadre en la persona jurídica. Metodológicamente, se trata en ese caso de una restricción a la norma de separación, a ser llenada por otra norma” (45). La norma cuya aplicación se restringe es la norma abstracta general que abarca todos los presupuestos de la persona jurídica, y la norma cuya aplicación se prioriza es la que, de lo contrario, se vería obstaculizada por la existencia de aquella.

A lo expuesto pueden agregarse otras teorías, como las institucionalistas y las contrarias a la desestimación, que sostienen que las soluciones se hallan en la recta aplicación del derecho común. No me de-

(18) En Alemania RGZ, T. 99, p. 232, T. 129, p. 5 y T. 156, p. 277, citados por WIEDEMANN, Herbert, *Gesellschaftsrecht*, Ed. C.H. Beck, München, 1980, p. 219.

(19) REINHARDT, R., “Gedanken zum Identitätsproblem bei der Einmangesellschaft”, en *Festschrift für H. Lehmann*, T. II, (1956), citado por LEHMANN, Michael, *Das Privileg der beschränkten Haftung und der Durchgriff im Gesellschafts- und Konzernrecht*, en ZGR, Año 15, 1986, N° 3, p. 365 p. 576. Para un comentario de la posición de Reinhardt, SCHANZE, Erich, “Einmangesellschaft und Durchgriffshaftung als Konzeptionalisierungsprobleme gesellschaftsrechtlicher Zurechnung”, Metzner Verl., Frankfurt, 1975, p. 63.

(20) SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica” (1954, traducción de José Puig Brutau Ariel, Barcelona, 1958), y también “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Cuaderno 42), Ed. C. F. Müller Karlsruhe, (1959).

(21) DROBNIG, Ulrich, “Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften”, Metzner Verlag, Stuttgart, 1959.

(22) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht”, en *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1957, ps. 522/44.

(23) Para una posición severamente crítica de este principio, FERNÁNDEZ de la GÁNDARA, Luis, “La atipicidad en derecho de sociedades”, Pórtico, Zaragoza, 1977, ps. 453/62.

(24) Así REHBINDER, Eckard, “Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht”, Verlag Gehlen, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 92; DROBNIG, Ulrich, “Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften”, Metzner

Verlag, Stuttgart, 1959, ps. 38 y ss.; MESTMÄCKER, Ernst Joachim, “Verwaltung, Konzerngewalt und Rechte der Aktionäre (Eine rechtsvergleichende Untersuchung nach Deutschem Aktienrecht und dem Recht der Corporations in den Vereinigten Staaten)”, C.F. Müller, Karlsruhe, 1958, ps. 25 y ss.

(25) Así en el fallo del BGH publicado en WM, 1958, p. 460, citado por WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219, nota 1. Un año más tarde (sentencia del 9.12.58), en un caso referido a suscriptores de planes de ahorro y préstamo para la adquisición de automóviles Volkswagen, en el que se pretendió responsabilizar a la fábrica (socio única de la sociedad de ahorro), el BGH extendió su doctrina y dijo que “el principio de que debe respetarse la diversidad jurídica de la GmbH y su socio único, solo excepcionalmente puede dejarse de lado. Por ello, para no considerar esa diversidad jurídica, deberá tratarse de una grave violación de la buena fe (*Treu und Glauben*). Tal vez, este podría ser el caso cuando (y hasta el punto en que) la demandada con sus acciones hubiera despertado en el ahorrista la convicción de que ella cumpliría con los contratos de compraventa, y siempre que tales ahorristas hubieran sido impelidos por esas acciones a adoptar decisiones” (citado por SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organschafts und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 24).

(26) WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219.

(27) SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen. Unter Berücksichtigung von Organschafts und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Cuaderno 42)”, Ed. C. F.

Müller Karlsruhe, 1959, p. 26.

(28) *Ibidem*, p. 33.

(29) SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, ps. 241/2.

(30) *Ibidem*, p. 243.

(31) *Ibidem*, ps. 123/4 y 244.

(32) *Ibidem*, p. 245.

(33) *Ibidem*, p. 246..

(34) *Ibidem*, ps. 251/2. Con ello, se refiere al traslado de la calificación (v.gr., de enemigo, o la nacionalidad) de los socios a la sociedad. Otro ejemplo es el del parentesco en relación a la celebración de negocios impugnables en la quiebra cuando son entre parientes, o al voto en un concurso preventivo: en estos supuestos debe tomarse por pariente a la sociedad dominada por ese pariente. En estos supuestos, como cuestión previa, debe averiguarse si la norma es de aquellas que, por su finalidad, también están destinadas a las personas jurídicas. Antes de aplicarlas (v.gr., una calificación de enemigo) la persona jurídica “debe penetrarse hasta los hombres que la integran para conocer sus cualidades” y, recién así, decidir si corresponde aplicar la norma particular en consideración a la persona jurídica. Sin embargo, al acoplar determinadas normas a la persona jurídica por razones que hacen a la finalidad de aquellas, prescinde de los aspectos subjetivos de la conducta de las personas involucradas: la condición de enemigo que califique a los socios de la sociedad puede resultar del orden natural de su actuación y no de una predeterminación de aquellos, pero no por ello se dejará de penetrar la personalidad jurídica de la sociedad.

(35) *Ibidem*, p. 256.

(36) *Ibidem*, p. 256. Este caso se presentaría en su-

puestos de incompatibilidades eludidas por la interposición de una sociedad, como la del juez que dicta sentencia en causa propia, el tutor que contrata con su pupilo, etc.

(37) SCHMIDT, Karsten, “Gesellschaftsrecht”, Carl Heymanns Verl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, 4ª ed., p. 222.

(38) Publicado en BGHZ, T. 20, ps. 4 y sigtes, citado por SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 17, y por SCHMIDT en el lugar citado en la nota anterior.

(39) Así los publicados en BGHZ, T. 42, p. 226, T. 31, p. 258 y T. 68, p. 312, citados por WIEDEMANN, Herbert, “Gesellschaftsrecht”, C.H. Beck, München, 1980, p. 219.

(40) SERICK, Rolf, “Durchgriffsprobleme bei Vertragsstörungen - Unter Berücksichtigung von Organschafts- und Konzernverhältnissen”, *Juristische Studiengesellschaft Karlsruhe* (Cuaderno 42), C. F. Müller Karlsruhe, 1959, p. 24.

(41) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, “Zur Lehre vom sogenannten ‘Durchgriff’ bei juristischen Personen im Privatrecht”, en *Archiv für die Zivilistische Praxis*, 1957, ps. 522/44.

(42) WOLFF, Hans Julius, “Organschaft und juristische Person (1933)”, citado por SCHMIDT, Karsten, “Gesellschaftsrecht”, Carl Heymanns Verl., Köln-Berlin-Bonn-München, 2002, 4ª ed., p. 223.

(43) MÜLLER-FREIENFELS, Wolfram, ob. cit., p. 100.

(44) *Ibidem*, p. 96.

(45) Así la explica REHBINDER, Eckard, “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, en *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, p. 580.

tendré en ellas, porque no aportan al objetivo de esta comunicación. En cambio, mencionaré una atinada observación de Karsten Schmidt: “cuando, con fundamento en la “penetración”, además de la sociedad también se llama a responder a su socio, deberá accionarse contra dos sujetos de derecho, precisamente porque existen dos sujetos. Y porque esto es así, el tribunal solamente podrá condenar a los dos demandados cuando existen fundamentos respecto de ambos” (46).

II.4. Digresión: un cambio conceptual en la jurisprudencia alemana

A partir del año 2002 el BGH abandonó sus tradicionales doctrinas para extender responsabilidades en casos de subcapitalización, confusión patrimonial y ejercicio de dominación intensa (la del *qualifiziert faktischer Konzern*), reemplazándolas por la de la *responsabilidad por destrucción de la existencia (Existenzvernichtungshaftung)* de la empresa, particularmente para supuestos de insolvencia (47). La doctrina ve en ello el abandono de las teorías de la penetración o desestimación propiamente dichas, y su reemplazo por la aplicación directa de las normas sobre responsabilidad por daños (48).

II.5. La desestimación en otros países

La doctrina del *corrimiento del velo* tiene aceptación dispar en otros países. Gran Bretaña es tradicionalmente renuente a desestimar la personalidad, en particular de las sociedades, tanto que la doctrina sentada en un caso excepcional en que se declaró la existencia de una única unidad empresarial (49) fue abandonada en los que le siguieron (50) con solo dos excepciones, que dieron lugar a controversia (51).

En Bélgica, el fundamento para superar los límites de la personalidad societaria se limita al abuso de la personalidad moral, mediante la declaración de su la inoponibilidad a quie-

nes sean sus víctimas, en todo o en parte (52). La jurisprudencia es frecuente y abarca diversos casos (53). Pero aclara Van Ommeslaghe que, por una parte, nunca la extensión de responsabilidad se derivó del dato objetivo de la participación preponderante de un accionista ni se debió a los errores de gestión de los administradores elegidos por este y, por la otra, que en la mayoría de los casos se trató de la extensión de la responsabilidad por pasivos sociales a personas individuales. En una exposición más reciente, sin embargo, Wymeersch sostiene que aunque usada en algunos países de la Comunidad, la técnica del corrimiento del velo corporativo no se reconoce en Bélgica (54).

En Francia la desestimación de la personalidad es tratada casi exclusivamente en el ámbito de la insolvencia de sociedades. La jurisprudencia de todas las instancias es restrictiva en su aplicación. En sendos fallos de la Corte de Casación de principios de este siglo, se reemplazó el anterior standard de la presencia de *flujos financieros anormales* para pasar a requerir la existencia de *relaciones financieras anormales* entre sociedades de un mismo grupo. Esto ocurre cuando existen transferencias de modo *sistemático* sin contrapartida alguna (55).

En Suecia, el levantamiento del velo societario se funda en la teoría del abuso de la limitación de responsabilidad por las deudas de la compañía, o cuando la compañía es deliberadamente usada para finalidades distintas de las previstas. Por ejemplo, se aplicó en un caso en que una compañía era utilizada como fachada para, en realidad, desarrollar los negocios de otra (56).

En España, luego de críticas de la doctrina por los excesos de la jurisprudencia en decretar la desestimación sobre la base de presumir una concepción patológica de las relaciones societarias, dos fallos del Tribunal Supremo del 29 de julio de 2005 y del 12 de diciembre de 2012, dispusieron que el levanta-

tamiento del velo es un remedio excepcional solo justificable cuando media fraude o abuso del derecho (57). Ello fue ratificado en una nueva sentencia del 5 de octubre de 2021 en la que se dispuso que el levantamiento debe resultar de una aplicación prudente y ponderada, considerando las circunstancias particulares del caso y su carácter subsidiario a falta de otros remedios legales (58).

En Austria la jurisprudencia que aplica la desestimación de la personalidad se funda en el principio de que nadie debe usar la forma de una persona jurídica para eludir la ley o para causar daño a terceros (59).

El texto original del art. 50 del Código Civil de Brasil de 2003 preveía que en caso de abuso de la personalidad jurídica, caracterizado por un desvío de su finalidad o por confusión patrimonial, el juez puede extender los efectos de determinadas relaciones obligacionales a los bienes particulares de administradores o socios. La norma fue modificada por la ley 13.874/2019 que hizo más rígidas las condiciones de su aplicación. Serán sujetos pasivos solo quienes se hubieran beneficiado del abuso y solo se considere desvío de la finalidad la utilización de la persona jurídica con el propósito de lesionar a los acreedores o para practicar actos ilícitos (60). Además dispone la aplicación de idéntica posibilidad en forma inversa, o sea, extensión de obligaciones del socio o administrador a la persona jurídica.

En Turquía, la desestimación de la personalidad se funda exclusivamente en el abuso del derecho y la jurisprudencia la aplica solo como excepción (61).

En los Países Bajos rara vez se aplica la desestimación de la personalidad. Un caso en que se aplicó fue *Citco*, en el que se trataba de un supuesto de dos sociedades bajo control común, respecto de las cuales se constató un abuso aprovechando la diferencia de identidad de aquellas (62).

on Spain”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 157.

(58) Sentencia 673/2021, Sala Civil, Tribunal Supremo, comentada por CAMPUZANO, Ana Belén, *Dictum*, 25.10.21, ps. 1/5.

(59) HEINDLER, Florian, “National Report on Austria”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 239.

(60) KUYVEN, Fernando, “National Report on Brazil”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 259/61.

(61) OKUTAN NILSSON, Gül, “Report on Turkey”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 417.

(62) OLAERTS, Mieke, “National Report on the Netherlands”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 442/3.

(63) Fallo citado en PÖNKÄ, Ville, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 499/500. En el caso se trataba del uso de una subsidiaria creada en Estonia para eludir el pago de derechos de autor.

(64) TANG, Samantha, “National Report on Singapore”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 534.

(65) También la jurisprudencia nacional y la amplia mayoría de la doctrina predica ese carácter.

(66) En el caso *Varas c. Telisa SA* (CCom., Sala C, 30.10.92, ED, T. 155, p. 306) una sociedad vendió un in-

mueble a otra, integrada por los tres arquitectos que lo habían construido. Se pactó en el contrato la condición de que la sociedad vendedora quedara liberada del pago de los honorarios de estos: la que asumió esta liberación fue la sociedad, pero no personalmente los arquitectos. Cuando estos pretendieron cobrar sus créditos, el tribunal, sin invocar el art. 54 tercer párrafo, dijo que “dado que los actos de las partes deben examinarse a la luz del principio de buena fe, no es dable hacer prevalecer la mera forma de una personalidad jurídica diferenciada, cuando es evidente que los genuinos destinatarios de la opción de compra eran los mismos arquitectos, en cuanto titulares del efectivo control de la voluntad de la entidad renunciante”.

La Corte Suprema de Finlandia resolvió en 2015 que debe levantarse el velo de la persona jurídica cuando la forma de una sociedad fue intencionalmente abusada (63), pero la aplicación de la doctrina es excepcional.

La jurisprudencia de Singapur se fue apartando del uso de estereotipos como *societas de fachada* o *fraudulentas*, y se enrolaron en la corriente de levantar el velo en casos de abuso de la forma societaria. En cambio rechazó enfáticamente utilizar el instrumento sobre la base de la unidad económica de diversas sociedades de un grupo (64).

II.6. Supuestos distintos al de la responsabilidad por deudas

Son de variada índole, pero la casi totalidad de ellos corresponden a supuestos en que se hallan involucrados negocios de sociedades: si la transmisión de la totalidad de las acciones o partes sociales encubre, o no, una transmisión de fondo de comercio, con sus consecuencias fiscales, o si el vendedor debe, o no, garantía por vicios ocultos en la empresa subyacente; quebrantamiento de obligaciones contractuales por medio de la sociedad, en especial cuando se trata de obligaciones de no hacer (66); extensión de una calificación jurídica del socio a la sociedad (67), o viceversa, como la de la buena o mala fe, o el conocimiento de un hecho o acto; la elusión de prohibiciones o incompatibilidades legales, como la de voto sobre ciertos temas; ausencia de una clara separación de las esferas patrimoniales o en la identificación de los sujetos (sociedades con nombres casi idénticos); la pretensión de compensar deudas con créditos contra una sociedad o socio relacionados (68).

La Corte Suprema de Finlandia resolvió en 2015 que debe levantarse el velo de la persona jurídica cuando la forma de una sociedad fue intencionalmente abusada (63), pero la aplicación de la doctrina es excepcional.

La jurisprudencia de Singapur se fue apartando del uso de estereotipos como *societas de fachada* o *fraudulentas*, y se enrolaron en la corriente de levantar el velo en casos de abuso de la forma societaria. En cambio rechazó enfáticamente utilizar el instrumento sobre la base de la unidad económica de diversas sociedades de un grupo (64).

La jurisprudencia de Singapur se fue apartando del uso de estereotipos como *societas de fachada* o *fraudulentas*, y se enrolaron en la corriente de levantar el velo en casos de abuso de la forma societaria. En cambio rechazó enfáticamente utilizar el instrumento sobre la base de la unidad económica de diversas sociedades de un grupo (64).

Hubo sendos fallos en Alemania en los cuales se admitió la compensación en casos de sociedades creadas por el Reich durante la Segunda Guerra, cuyo socio único era el Estado, admitiéndose la compensación de créditos de estas con deudas respecto de otras de esas sociedades o contra el Estado.

(46) SCHMIDT, Karsten, ob. cit., p. 194. La Cám. Civ. y Com. de San Martín, sala II, “ITP Electrónica SRL c. Signs Time SRL”, 02/09/1999, LLBA, 2000, 86) rechazó una demanda de inoponibilidad, porque la sociedad no había sido codemandada.

(47) MOCK, Sebastian, “National Report on Germany”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 380, con cita del fallo Bremer Vulkan, BGH, 17.9.2001, publicado en BGHZ 149, ps. 10 y 16 y ss.

(48) *Ibidem*, con cita del fallo Trihotel, BGH 16.7.2007, publicado en BGHZ 173, p. 246.

(49) Voto de Lord Denning en DHN Food Distributors Ltd. v. Tower Hamlets LBC, 1976, WLR 852, citado por VALSAN, Remus, *Report on the United Kingdom*, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 634/5.

(50) *The Albazero*, House of Lords, 1977, AC 774; *Wolfson v. Strathclyde Regional Council*, 1978, SC (HL) 90, 1978 SLT 159; *Adams v. Cape Industries Plc*, 1990, Ch 433, 1990 BCLC 479; *VTB Capital Plc v. Nutritek International Corp*, 2013, UKSC 5, 2013 2 AC 337, todos citados por VALSAN, op. cit, p. 636.

(51) *Antonio Gramsci Shipping Corp v. Stepanovs*, 2011, EWHC 333, 2012 BCC 182, y *Prest v Petrodel Resources Ltd*, 2013 UKSC 34, 2013 3 WLR 1. Otras referencias sobre el derecho británico en CAPUTO, Leandro J., “Inoponibilidad de la personalidad jurídica societaria”, Astrea, Buenos Aires, 2006, p. 132.

(52) VAN OMMELSLAGHE, Pierre, “Les groupes de sociétés et l’expérience du droit belge”, en *Groups of Companies in European Laws, Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Vol. II, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 92.

(53) “Sociedades constituidas por una sola persona acompañada de otros fundadores actuando sin *affectio societatis*; sociedades creadas con un capital y medios de acción manifiestamente insuficientes; sociedades en las cuales los órganos sociales no funcionan y todas las de-

cisiones son tomadas y ejecutadas por orden del “maître de l’affaire”, que no respeta “las reglas de juego”; confusión entre el patrimonio social y el del “maître de l’affaire” bajo diversas formas; utilización por el “maître de l’affaire” de activos pertenecientes a la sociedad y viceversa; confusiones creadas respecto de terceros entre la actividad social y la del “maître de l’affaire”; contabilidad llevada de modo irregular que no permite separar entre los bienes sociales y los de los socios; préstamos y adelantos otorgados por el “maître de l’affaire” más allá de toda decisión válida de los órganos sociales” (VAN OMMELSLAGHE, Pierre, “Les groupes de sociétés et l’expérience du droit belge”, en *Groups of Companies in European Laws, Legal and Economic Analyses on Multinational Enterprises*, Vol. II, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1982, p. 93). Pero aclara este autor que, por una parte, nunca la extensión de responsabilidad se derivó del dato objetivo de la participación preponderante de un accionista ni se debió a los errores de gestión de los administradores elegidos por este, y, por la otra, que en la mayoría de los casos se trató de la extensión de la responsabilidad por pasivos sociales a personas individuales.

(54) WYMEERSCH, Eddy, “Report on Belgium”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 678.

(55) CONAC, Pierre-Henri, “National report on France”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, p. 101, donde cita los fallos *MetalEurop*, Cass. Com., 19.4.2005, *Revue des Sociétés*, 2005, p. 897, y *Gilles Pellegini c. Société Holco*, Cass. Com. 10.1.2006, *Revue des Sociétés* 2006, p. 629. En ambos casos la Corte de Casación rechazó la desestimación de la personalidad.

(56) DOTEVALL, Rolf, “National Report on Sweden”, en MANÓVIL, Rafael Mariano (editor), *Groups of Companies. A Comparative Law Overview*, Springer, *Ius Comparatum - Global Studies in Comparative Law*, Vol. 43, Cham, Suiza, 2020, ps. 139/40.

(57) FUENTES NAHARRO, Mónica, “National Report

III. La desestimación en la Argentina antes de la Ley de Sociedades y antes de su reforma de 1983

Caputo apunta que el art. 48, inc. 2º, del Código de Vélez establecía que el abuso era una causa del fin de la existencia de las personas jurídicas que requerían autorización del Estado (69). No he visto invocada esta norma por la jurisprudencia, pero el antecedente es interesante. De todos modos, ya antes de la entrada en vigencia de la Ley de Sociedades se había hecho abundante aplicación de la desestimación en diversa clase de casos, incluso involucrando entidades estatales (70). El fallo más conocido fue *Swift-Deltec* (71), cuyos pormenores y contexto político omito por ser hartos conocidos, no tanto así su crítica repercusión en el exterior (72). También son conocidos los fallos de la Corte Suprema que hicieron aplicación de la doctrina de la desestimación en materia fiscal (73).

Al sancionarse la Ley de Sociedades Comerciales en 1972, su art. 2º incluyó una limitación a la atribución a todas las sociedades de la calidad de sujetos de derecho: ello era “con el alcance fijado en esta ley” (74). Se dio así sustento normativo a la eventual aplicación de la desestimación. No obstante, y pese a advertir los autores sobre las nuevas posibilidades que abría la norma (75), la jurisprudencia siguió recurriendo al abuso del derecho, incluyendo en esta noción supuestos de fraude a la ley (76). Hubo destacada doctrina civilista que, tal vez sin tener en cuenta las diferencias de efectos, sostuvo que la problemática que se trataba de abordar con la desestimación tenía mejor solución utilizando los remedios tradicionales como el fraude, la simulación y la ineficacia (77).

(69) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 110 y ss. con cita de autores anteriores a la Ley de Sociedades Comerciales, como Malagarriga, Fornieles, Busso y Borda.

(70) Cabe citar: CNCiv., sala A, “Patrocinio c. Gobierno Nacional”, 31/03/1966, ED, t. 16, p. 512 (interrupción de la prescripción contra Ferrocarriles del Estado por una demanda dirigida contra el Gobierno Nacional); CS, “Gómez c. Comisión Administradora de Emisoras Comerciales”, 28/02/1969, ED, t. 29, p. 186 (identidad del Estado con entidades propiedad de ella misma); CNCiv., sala D, “S.U.P.A.”, 16/03/1971, JA 9-1971-411 y ED T. 36, p. 407, ya citado (se trataba de la extensión del concurso civil del Sindicato Único Portuarios Argentinos a un Sindicato Unidos Portuarios Argentinos, continuador de su actividad y patrimonio); Claciv., 21/10/1948, L.L., T. 52, p. 742 (medida precautoria en un caso de fraude conyugal; en este tipo de casos, también otros fallos de la CNCiv., sala B, 13/07/71, ED, t. 41, p. 367; Sala C, 17.6.66, ED, t. 12, p. 58); CNCiv., sala B, “Consorcio de Propietarios Alberti 565 c. Arne SCA”, 29/06/1972, ED, t. 46, p. 463 (intereses corren desde la notificación a los dos únicos integrantes de la sociedad demandada); CNCiv., sala B, “Giorgi c. Manufactura de Tabacos Imparciales SA”, 09/06/72, ED, t. 48, p. 356 (caso de contrato de representación para la venta de productos de una empresa vinculada, imputado también a la controlante); CNCiv., sala B, “Miranda c. Construcciones Norte Coop. de Crédito”, 17/05/1976, ED, t. 76, p. 451 (caso de frustración de derechos del adquirente de un departamento en construcción); CCiv., Sala F, J.A. T. 1971-I, p. 703 (fraude conyugal); CNCiv., sala E., 05/04/60, LA LEY 101, 982 (fraude conyugal); CNCiv., sala A, “Salas c. Di Giorgio”, 22/11/1966, ED, t. 19, p. 736 (renuncia al reclamo por derrumbe de una medianera, y posterior pretensión por la misma causa por una sociedad integrada por las mismas personas); JCom. (Francisco Bosch), firme, 29/10/71, caso *Talleres Inglemere SA (extensión de quiebra a otras dos sociedades)*; CNCom., sala C, “Waldron SA c. Ganadera Tierra del Fuego SA”, 14/07/1972, ED, t. 44, p. 378 (transferencia del patrimonio de una sociedad extranjera a dos sociedades nacionales a cambio de las acciones de estas, ante la inminencia de un embargo de los bienes); CNCom., sala C, “SACIMIE c. SACIMIE”, 25/11/1970, conocido en su época como caso Todres, ED, t. 46, p. 294 (transferencia fraudulenta de un inmueble en estado de cesación de pagos a otra sociedad formada por las mismas personas), y en relación al mismo asunto, CNCom., sala C, “Pajonal SCA c. SACIMIE”, 17/03/69, ED, t. 46, p. 312 (nulidad de una locación

IV. El régimen de la Ley de Sociedades y del Código Civil y Comercial

Por primera vez en el derecho positivo conocido, el tercer párrafo agregado por la reforma de 1983 al art. 54 de la Ley de Sociedades, introduce una norma específica referida al apartamiento de los límites de la personalidad jurídica societaria. Identifica el alcance de sus efectos al tratar el problema como una forma de ineficacia, la *inoponibilidad* de la personalidad jurídica. Su aplicación no provoca la nulidad de la sociedad (78), ni afecta sus vínculos internos, ni tampoco sus restantes relaciones con el mundo jurídico externo: cuando se dan los presupuestos que define la norma, la personalidad de la sociedad se declara inoponible a quien lo haya así invocado y ello al solo efecto del objeto concreto de su reclamo. A diferencia de lo que ocurre con una declaración de nulidad de la sociedad, cuyo efecto es *erga omnes*, la declaración de inoponibilidad solo produce efectos en favor de quien la solicitó y no aprovecha a otros sujetos (79).

La norma se refiere a la *imputabilidad* adecuada de la actuación de la sociedad o de sus socios o controlantes. Su alcance supera el de la mera extensión de responsabilidad a otro sujeto, lo cual demuestra el acierto del legislador en la implementación del instituto como un caso de traslado o extensión de la imputación, y no como una mera atribución de responsabilidad. La norma ubica el problema, pues, en términos de *imputar*, en determinadas condiciones, a socios o controlantes *la actuación de la sociedad* cuya personalidad jurídica se declara inoponible. El art. 144 del Cód. Civ. y Com., más allá de los aspectos críticos que señalé más arriba, sigue la misma estructura lógica.

a favor de una sociedad del mismo grupo cuando el inmueble locado estaba hipotecado a favor de un tercero); similar a este último, Corte de Justicia de Salta, “Bernis de Soria c. Cuniberti”, 02/10/1972, ED, t. 48, p. 362 (tercería de dominio en una ejecución hipotecaria aduciendo que el inmueble hipotecado había sido aportado a una SRL); SC Buenos Aires, “Pechenik S.A. c. Prov. de Buenos Aires”, 25/04/1967, ED, T. 19, p. 741, ya citado (utilización de la sociedad para burlar una prohibición que recaía sobre el socio principal, que había sido suspendido del registro de proveedores del Estado); numerosos casos en materia de locaciones urbanas en que se declaró que no había transferencia ilegítima cuando se transformaba una sociedad o los coinquilinos formaban una sociedad, citados en la nota de investigación de jurisprudencia sobre El abuso de la personalidad de las sociedades: la penetración de la persona jurídica en la jurisprudencia argentina., ED, t. 48, ps. 946/998.

(71) Sentencia de la CS, 04/09/1973, ED, T. 51, p. 229.
(72) BLUMBERG, Phillip I., “The Law of Corporate Groups. Problems in the Bankruptcy or Reorganization of Parent and Subsidiary Corporations, Including the Law of Corporate Guarantees”, Little, Brown & Co., Boston, 1985, ps. 660/8, con cita de GORDON, “Argentine Jurisprudence: The Parke Davis and Deltec Cases”, en *6 Law Am.* (1974) p. 320 y del mismo GORDON, “Argentine Jurisprudence: Deltec Update”, en *11 Law Am.* (1979), p. 43; ROSENN, “Expropriation in Argentina and Brazil: Theory and Practice”, *15 Va. J. International Law*, 1975, p. 277.

(73) *Parke Davies y Cía SA*, 31/07/1973, LA LEY 151, 353; *Mellor Goodwin SA* (LA LEY 152, 352); *Rheinstahl Hanomag Cura SA* (LA LEY 153, 303) y *Ford Motor Argentina SA* (LA LEY 155, 760).

(74) En la Exposición de Motivos explicó que, “con esta norma la ley posibilita... una amplia elaboración de las consecuencias de la personalidad jurídica, y también de soluciones para aquellos casos en que este recurso técnico sea empleado para fines que excedan las razones de su regulación”.

(75) SUÁREZ ANZORENA, Carlos, “Personalidad de las sociedades”, Cap. III de *Cuadernos de Derecho Societario* (Zaldívar y otros), Abeledo Perrot, Buenos Aires, 1973, t. I, p. 140.

(76) OTAEGUI, Julio César, “Inoponibilidad de la personalidad, en *Anomalías Societarias*”, Ed. Advocatus, Córdoba, 1992, p. 87.

(77) Se consideraban que “solo se trata de un atajo que permite obviar ciertas dificultades inherentes a la aplica-

ción de las reglas generales de nuestra legislación. Pero el camino que ellas señalan es mucho más fecundo. Son cuestiones de ilicitud, nulidad, inoponibilidad, responsabilidad, y no de personalidad” (BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil comentado, anotado y concordado”, Astrea, Buenos Aires, 1979, t. I, p. 194).

(78) Cfme.: ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 137; VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2021, p. 187, entre otros.

(79) La CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616 (en especial p. 624) dispuso que la inoponibilidad se pronuncia solo en favor del heredero que la reclama no de los demás. Lo mismo en sede comercial, en un importante caso concursal en que el tribunal recurrió al remedio de la inoponibilidad en un supuesto de subcapitalización. Pero dado que la acción fue promovida por un acreedor individual y no por el síndico de la quiebra, la sentencia solo benefició al incidentista y no a la masa (CNCom., Sala F, “Victor Carballude SRL s. Incidente de Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, 13/05/2014, ED, t. 259, p. 67, y LA LEY, 2014-F, 380, con nota de Manuel Uzandizaga, *La carente autonomía de la infracapitalización societaria*).

(80) MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efraín Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes, en Congreso Argentino de Derecho Comercial”, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, 1990, vol. 2, p. 192, opinan que la norma no permite acceder “a la persona jurídica a través del controlante”. Tampoco para OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 106/7, el caso está comprendido en el texto expreso de la norma, pero, admite su aplicación por analogía. Tampoco fue admitido en la sentencia de la CNCiv. y Com. Federal, sala I, “Torino c. Estado Nacional SEGEMAR”, citado por ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 136, nota 335.

(81) CNCom., Sala A, 05/07/1994, ED T. 162, p. 536. La actora había entregado dinero que fue recibido por una SRL como aporte irrevocable a cuenta de futuros aumentos de capital y reclamó la concreción de ese aumento de capital y su incorporación como socia. El tribunal ratificó que la regla es que, en estos casos, se requiere de una resolución formal de la sociedad aumentando el capital. Pero en el caso concreto, con invocación del art. 54 III

(82) CNCom., sala A, 24/03/2000, Fallo 101.976, y en

a la norma. En cambio, su titularidad de un derecho o de un bien solo es inoponible al tercero, que puede hacerla imputar al socio, etc.

IV.3. *Imputación de actos u obligaciones del socio, asociado, etc. a la sociedad o persona jurídica*

Es el caso del tercero que requiere la imputación a la sociedad de actos de sus socios. Esto fue admitido en el fallo *Angeleri Szabo c. Szyszkowski* (81). En esta categoría encuadran los supuestos de obligaciones de no hacer asumidas por el socio o controlante, cuya imputación el tercero acreedor pretende que se extienda a la sociedad. Un ejemplo frecuente son los pactos de exclusividad o las obligaciones de no competir. Se trata de supuestos de frustración, quebrantamiento o elusión de derechos y obligaciones contractuales, con utilización instrumental de la sociedad o persona jurídica que hace lo que el socio, etc. se obligó a no hacer, o no hace lo que estos se obligaron a hacer: la actuación violatoria de la obligación desplegada por la persona jurídica se le imputará al socio, etc. para dejar establecida su responsabilidad por la violación. La constelación del caso *Mayéutica SRL c. Entrepreneur SA* (82) encuadra en este grupo. Además, cuando el acreedor procura el cumplimiento en especie, pretenderá que la obligación sea también imputada a la sociedad o persona jurídica para forzarla a su cumplimiento futuro.

IV.4. *Inoponibilidad alegada por la sociedad o persona jurídica, o por sus socios etc.*

El caso del llamado *freundlicher Durchgriff*, o desestimación amigable, no suele ser aceptado en el derecho comparado (83) pero cuenta con antecedentes en la jurisprudencia argentina (84). Resulta de la analogía y de

ED 4.8.2000, Fallos 50.213 y 50.214, con comentario de Miguel Ángel Emery, *Competencia desleal. Desorganización de la empresa competidora*. Un fallo ejemplar. Un socio gerente de la actora puso una empresa competidora, apropiándose de la clientela y el personal. Dijo el fallo: “habiendo quedado demostrado que la sociedad demandada fue constituida a fin de burlar la prohibición de incurrir en competencia desleal y neutralizar la actuación de la actora en el mercado, encubriendo una actuación personal dolosa y fraudulenta de sus socios y administradores, cabe concluir que, por la vía de la desafectación del mecanismo societario, corresponde imputar y responsabilizar directamente a estos últimos, con independencia de la responsabilidad que le corresponde a la accionada”.

(83) Así, en el derecho norteamericano la jurisprudencia tiene establecido que el velo societario no se penetra en favor de la sociedad o sus socios (casos *Colin v. Altman*, 333 N.Y.S., 2d. 432, 1972, *Reconstruction Syndicate Inc. v. Sharpe*, Misc. 61 N.Y.S. 2d. 176 y *Matter of Borcha Inc. v. Weaver*, 6 A.D. 2d. 835, 175 N.Y.S., 2nd. 932, citados por DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Buenos Aires, 1991, ps. 493/4, y notas 26 y 27). Véanse referencias del derecho comparado en PUIG BRUTAU, José, en “Comentario del Traductor”, en la traducción de SERICK, Rolf, “Apariencia y realidad en las sociedades mercantiles. El abuso de derecho por medio de la persona jurídica”, trad. del alemán de José Puig Brutau, Ariel, Barcelona, 1958, ps. 270 y ss.)

(84) Plenario de la Cámara de Paz de la Cap. Fed. en materia de locaciones urbanas, en el caso “Fernández Anchorena c. Semadeni SRL” (JA 1969-3-52), que dispuso que no había transferencia prohibida cuando los locatarios habían formado una SRL para explotar el mismo negocio en el local alquilado.. En materia fiscal, la Corte Suprema, en fallo del 26.2.85, en el caso *Kellogg Cía. Argentina SA* (LA LEY, 1985-B, 414, con comentario de Corti, Aristides H., “El caso “Kellogg” y el restablecimiento de la doctrina “Parke Davis”), sentó la doctrina de que “los tribunales pueden descender el velo societario en el interés de los mismos que lo han creado, haciendo aplicación positiva de la teoría de la penetración”. Más recientemente un fallo destacó la excepcionalidad de que el remedio funcione a favor de los socios (CNCom., sala A, “Ulloa c. Bence”, 11/05/2007, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 39, Marzo/Abril 2006, p. 140).

la condena del ejercicio abusivo del derecho del tercero en la invocación de los límites de la formalidad de la persona jurídica cuando la substancia de la relación de derecho está referida a la persona, a su actividad o a sus derechos (85). También cabe que la superación de los límites de la separación de la persona jurídica se invoque en favor de los socios, como en el caso *Marlowe, Randall Jackson c. Banco del Buen Ayre* (86).

Es de citar, en este sentido, un antiguo fallo alemán resuelto a favor de los accionistas de una sociedad cuando, en los comienzos del régimen comunista, Hungría expropió o confiscó empresas privadas. Esa expropiación no se materializó sobre las empresas, sino sobre las acciones, de resultas de lo cual quedaban incluidas en la expropiación las participaciones en sociedades establecidas fuera de Hungría. El fallo reconoció los derechos de los accionistas expropiados sobre una sociedad controlada con sede en Alemania (87).

V. La mecánica y el alcance de la inoponibilidad

Al disponerse la inoponibilidad de la personalidad jurídica se produce una privación parcial de efectos, y ello solo frente al sujeto al que concierne el caso de aplicación de la norma. No es la persona jurídica ni su actuación que quedan privadas de efectos: en principio, la privación de efectos concierne a la imputación de la actuación. Sin embargo, no siempre la declaración de inoponibilidad se traduce en privar de sus efectos a la imputación a la persona jurídica. En muchos casos se producirá una extensión de la imputación a otros sujetos sin que la persona jurídica se libere de ella (88). En otros, para que se cumpla la función tutelar de la norma, será necesario y suficiente el traslado de la imputación al sujeto responsable de la actuación.

La disposición no es identificable con la genérica atribución de responsabilidad a quien causa un daño (89), ni importa una limitación de los efectos del tipo de persona jurídica, como lo sugirió Drobnig (90) en Alemania y Moeremans y Richard en la Argentina (91). Tal interpretación fue también rechazada en un fallo (92). Ello así, porque el art. 54 III —ubicado en la parte general de la LGS y aplicable a todos los tipos, incluso a los que no limitan la responsabilidad de los socios— se refiere a la personalidad y no al régimen de responsabilidad propio de

los tipos societarios. Lo mismo ocurre en el art. 144, Cód. Civ. y Com. Además, ambas normas permiten la imputación también al controlante y la societaria, en especial, al controlante aunque no sea socio: si solo se tratara de privar del efecto de limitación de responsabilidad propio del tipo, no existiría explicación acerca de su alcance a quienes no sean socios.

Como ya dije, la ineficacia relativa de la actuación concreta que está en juego en el caso puede no tener vinculación con deudas de la sociedad, sino referirse, por ejemplo, a la titularidad de un derecho (v.g. la propiedad de un bien) que el tercero busca tener por reconocido en cabeza del socio o controlante. Al utilizar el verbo *imputar*, la norma permite que el hecho, acto o situación jurídica sea atribuido directamente a la persona de quien haya hecho posible ese desvío. Hay una nueva imputación de la relación jurídica que puede ser el título a la cosa o al bien, o una relación contractual de la persona jurídica, que podrán ser atribuidas a quien no era su sujeto aparente: interesa al tercero imputar al sujeto con quien él mantiene una relación jurídica frustrada o amenazada —deudor, cónyuge, causante, etc.—, el título o el derecho que aparece en cabeza de la persona jurídica, para así satisfacer sus propios intereses. Una mera extensión de responsabilidad nada agregaría a favor del tercero.

Si se trata de la atribución de un bien al socio o controlante para que los acreedores, o el cónyuge, o el heredero, no se vean privados de sus derechos, no puede existir sino un *traslado* de la imputación porque el bien no puede ser de propiedad plena de dos sujetos al mismo tiempo. La imputación será a la persona jurídica o al socio, asociado, miembro o controlante. En el instante en que el tercero interesado ejerce su derecho, y en la extensión en que lo haga, la propiedad del bien se reputará en cabeza del sujeto pasivo, con traslación de la imputación. Satisfecha la pretensión del tercero, volverá a tener vigencia el orden jurídico aparente.

En cambio, cuando se trata de establecer la atribución de un pasivo, de una deuda o de una responsabilidad patrimonial, el caso será el de una *extensión* de la imputación. La norma no libera a la persona jurídica deudora originaria de la obligación. Dado que el propósito del instituto es el de ampliar —no de reducir— el espectro patrimonial del que pueda servirse el tercero perjudicado, tal li-

beración sería absurda (93). La sociedad no podría exigir que su obligación sea asumida por el socio o controlante liberándose frente al tercero (94). Como regla, la imputación se extiende, sin liberación de la persona jurídica, pero cuando la extensión es incompatible con la naturaleza o estructura de los derechos involucrados, se produce un *traslado* de esa imputación.

VI. Los presupuestos de la inoponibilidad

VI.1. ¿Actuación o acto?

Ante todo es preciso mencionar que se discute si, atento el texto de la norma, cabe que la inoponibilidad proceda cuando el vicio es genético, desde la constitución misma de la sociedad, o si en esos supuestos cabe otra sanción (95). Me inclino, en razón de la diversidad de situaciones que pueden presentarse, por la respuesta afirmativa, aunque no exista aún el sujeto a cuya *actuación* se refiere la norma.

La actuación a que se refieren los Arts. 54 LGS y 144, Cód. Civ. y Com., no necesariamente constituye un ilícito genérico, como en el supuesto del art. 19 de la LGS. Como señala Butty, en el art. 54 no necesariamente se supone la concurrencia de causa ilícita en la constitución, ni en la gestión de la sociedad (96). La ilicitud a que se refiere el art. 19 LGS deviene del *contenido* de la actividad, y su sanción es la nulidad de la sociedad con pérdida para los socios del patrimonio social. La *inoponibilidad* apunta a la *finalidad* desviada de la actuación, mientras que su contenido puede ser intrínsecamente lícito. Ambas circunstancias pueden coexistir: en tal caso, además de ser inoponible la personalidad a terceros, la sociedad puede ser absolutamente nula.

El término *actuación* no debe asociarse necesariamente con una pluralidad de actos, ni con su realización permanente. La *actuación* puede consistir en un solo acto (97). No es necesaria una concatenación ordenada de pluralidad de actos para aplicar el precepto. En numerosos supuestos será un único y solo acto el fundamento para declarar inoponible la persona jurídica: si a una sociedad se le transmitió un bien o un patrimonio para sustraerlo a la acción de los acreedores o del cónyuge, o para violar la legítima hereditaria, bastará esa sola transmisión para fundar la inoponibilidad.

La declaración de inoponibilidad no es una sanción por cómo actúa la persona jurídica en sus negocios, sino que actúa como un remedio por la utilización de la persona misma y de su estructura jurídica para las finalidades reprobadas (98). El remedio versa sobre la utilización de la persona jurídica como tal para los fines reprobados, no respecto de los actos realizados por la sociedad (99). La norma pretende corregir su instrumentalidad para fines no admitidos. Para aventar equívocos sobre el uso del término *actuación*, el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 propone un enfoque más preciso al disponer en su encabezamiento que “puede prescindirse de la personalidad jurídica de la sociedad cuando esta sea utilizada para ...” Como explica la Nota de Elevación, “es el uso de la sociedad en su condición de tal como instrumento para los fines que luego se enumeran, el que da lugar a la aplicación de la norma, no la sola actividad antijurídica de la sociedad” (Nº 29).

Para la aplicación del precepto no está en juego la apreciación de la totalidad de la actuación de la persona jurídica. Ello ocurrirá en casos como la insolvencia u otras situaciones extremas. La inoponibilidad de la persona jurídica se decreta siempre con el limitado efecto que concierne al caso concreto y por ello la apreciación de si medió actuación destinada a obtener fines vedados, también deberá referirse al vínculo de esa actuación con el caso particular. No es necesario que la persona jurídica haya sido *exclusivamente* utilizada como instrumento para fines desviados, ni cuán relevante haya sido esa utilización en el contexto de su actividad general: solo interesa la conexión del desvío con los actos, hechos, omisiones o contratos concretos que se pretenden imputar al socio, controlante, etc. y, en ese marco, la relevancia del desvío.

VI.2. Consecución de fines extrasocietarios o “ajenos a la persona jurídica”

La norma societaria se refiere a la *consecución de fines extrasocietarios* mientras que, tratando de generalizar el concepto, el art. 144 del Cód. Civ. y Com. los describe como fines *ajenos a la persona jurídica*, que deberá entenderse como equivalente a la primera. Se controvierte la interpretación del alcance de la expresión. Conforme a Otaegui, se trata de una simulación ilícita (100). Dobson, en cambio, encuadra la figura en el abuso, porque la sociedad no es ficticia sino real (101).

(85) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 108/9.

(86) CNCom., sala B, 29/11/94, LA LEY, 1995-C, 280. Se reconoció el perjuicio causado a un matrimonio, al cual el Banco demandado le retuvo indebidamente, por embargo, un certificado de depósito a plazo fijo. Como consecuencia de ello, no pudieron los actores pagar una hipoteca que pesaba sobre el inmueble de su vivienda, la cual era propiedad de una sociedad de la que eran únicos socios. En el voto del juez Butty se hizo mérito de que “en la realidad técnico-económica subyacente, el socio controlante deviene en cierto modo titular cuasi inmediato de tales atributos”. En la jurisprudencia alemana, el BGH resolvió en forma similar un caso en que el socio único de una GmbH sufrió un accidente y, entre los daños, reclamó el sufrido por la sociedad a raíz de su imposibilidad de dirigir sus negocios (publicado en NJW, 1977, p. 1283, citado por REHBINDER, Eckard, “Zehn Jahre Rechtsprechung zum Durchgriff im Gesellschaftsrecht”, en *Festschrift für Robert Fischer*, Walter de Gruyter, Berlin-New York, 1979, p. 593).

(87) Fallo del 30/01/1956 publicado en BGHZ 20, p. 4, citado por BEHRENS, Peter, “Der Durchgriff über die Grenze”, en *Rebels Zeitschrift*, Año 46, ps. 323/4. Dijo el BGH que “la figura de la persona jurídica solo puede ser reconocida en la medida en que su utilización se corresponda con el objetivo del ordenamiento jurídico. No es suficiente que esta figura jurídica sea utilizada conforme a sus propias finalidades. No se configura una utilización conforme con el ordenamiento jurídico, cuando su interposición, o el hecho de su existencia, lleva a que la expropiación sin indemnización de su socio alcance patrimonio que se encuentra fuera del ámbito de la potestad del

titular del poder soberano, y no sería alcanzada ni si la expropiación afectara al patrimonio de la sociedad, ni si afectara el patrimonio del socio y el patrimonio extraterritorial le perteneciera a este personalmente”.

(88) Tal liberación es erróneamente supuesta por MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efrain Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes”, en *Congreso Argentino de Derecho Comercial*, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, *Inoponibilidad...*, p. 193 y por CABANELLAS, Guillermo, “Derecho societario. Parte General”, t. III (La personalidad jurídica societaria), Ed. Heliasta, Buenos Aires, 1994, p. 29, nota 6

(89) FARGOSI, Horacio, “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria”, LA LEY, 1985-E, 715.

(90) DROBNIG, Ulrich, “Haftungsdurchgriff bei Kapitalgesellschaften”, Metzner Verlag, Stuttgart, 1959, ps. 20 y ss. y 94/5, así como el comentario de REHBINDER, Eckard, “Konzernaußenrecht und allgemeines Privatrecht”, Verlag Gehler, Bad Homburg v.d.H. Berlin-Zürich, 1969, p. 95

(91) MOEREMANS, Daniel E. - RICHARD, Efrain Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes”, en *Congreso Argentino de Derecho Comercial*, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, ps. 190/3. También un despacho de mayoría de las *XII Jornadas Nacionales de Derecho Civil* de 1989 en San Carlos de Bariloche. Para la bien fundada crítica de esta postura, ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires,

2011, t. II, ps. 138/9. En igual sentido, VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2021, p. 167.

(92) C7ª Civ. y Com. de Córdoba, “Varrone c. Viviendas SRL”, 27/09/1995, LLCórdoba, 1996, p. 372.

(93) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, Con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Nº 23, julio-agosto 2003, p. 37.

(94) GULMINELLI, Ricardo L., “Responsabilidad por abuso de la personalidad jurídica”, Astrea, Buenos Aires 1997, p. 169

(95) Para esta discusión, CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 122 y ss., con opiniones de Gulminelli y del propio autor, en contra de esa posibilidad y la de Vanasco a favor. En su apoyo cita el caso *Macoa SA y otros* (CNCom., sala C, 21/05/1979, JA 1980-IV-627, con dictamen del fiscal Di Iorio y voto de Anaya) en el que se declaró nula la constitución de varias sociedades con la clara finalidad de la enajenación de las cascaras. También se ha dicho que la norma aprehende la actuación de la sociedad, no su existencia OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 93.

(96) BUTTY, Enrique M., “Inoponibilidad”, en *V Congreso de Derecho Societario*, Huerta Grande, Córdoba, 1992, t. II, ps. 643/4: “basta para el funcionamiento de la inoponibilidad que la actuación de la sociedad encubra la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque pueda ser lícita en el sentido de no fraudulenta”. De ello deriva que el límite del reconocimiento de la personalidad debe establecerse por referencia a la noción de causa final mediata de la sociedad; pero aún establecida la lici-

tud de esta, puede funcionar la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando carece de hacienda mercantil. También CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 97.

(97) Cfme.: MOLINA SANDOVAL, Carlos, “La desestimación de la personalidad jurídica societaria”, Ábaco, Buenos Aires, 2002, ps. 87/8.

(98) En un fallo se dijo que “la norma del artículo 54 *in fine* de la Ley se orienta a sancionar la utilización ilegal del contrato de sociedad y no la ilegalidad de los actos por esta realizados” (CNCom., sala E, “London Supply SA c. Alimar SA”, 05/03/2008, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 10, Febrero-Marzo 2008, Nº 50, ps. 340/69)

(99) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, Con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, *Revista de las Sociedades y Concursos*, Nº 23, Julio-Agosto 2003, p. 52 y ss., donde justificadamente crítica la frecuente jurisprudencia laboral que no hace la adecuada distinción. Sobre el errado uso del instituto en el fuero laboral, también SAN MILLÁN, Carlos Augusto, “Responsabilidad personal de los socios por deudas laborales”, ED 187, p. 1431, donde resalta que “si solo con la personalidad, como herramienta, se puede lograr ese propósito [antijurídico], solo así resulta posible descorrer el velo de la personalidad imputando las consecuencias del acto a los socios o controlantes. No cumplir con una obligación laboral de la sociedad no requiere como causa eficiente el uso de la personalidad” (p. 1434).

(100) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 92/3.

(101) DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Bue-

A mi juicio se trata de contrastar la utilización de la persona jurídica con la que, según su naturaleza, sea su *causa-fin*: en el caso de sociedades, la que deriva del art. 1º de la LGS (102). No obstante, debe tenerse presente que la causa-fin de una sociedad puede ser distinta a la que surge de esa norma. Desde que el art. 3º de la LGS admite que asociaciones civiles utilicen la forma societaria, ello abre el cauce a que se admitan otras finalidades lícitas, como una agrupación de colaboración, una finalidad de beneficencia, etc. El Proyecto de 2019 lo prevé en un párrafo agregado al art. 1º intitulado *Sociedades con otra finalidad* (103). En cambio, no interesan los particulares *motivos* tenidos en mira por los socios o partícipes de la persona jurídica (104): limitarse a los *motivos* tornaría inoperante este elemento. La referencia a fines *extrasocietarios* no tiene relación con el *objeto* de la sociedad o de la persona jurídica (105), por esencia mutable, sino, como dije, a su aspecto finalista substancial, a su *causa-fin* (106).

Es clara la asociación de la expresión legal con el ya mencionado gráfico concepto de *instrumentalidad* de la persona jurídica a que alude la jurisprudencia norteamericana. Cuando la persona jurídica, en particular la sociedad, en su actuación concreta, es un mero instrumento formal para que el socio o controlante consiga satisfacer intereses propios distintos de los que son naturales a aquella, haciendo que realice actos, incurra en omisiones, o adopte medidas que son incompatibles con su autonomía funcional y patrimonial, esa actuación corresponderá calificarse como que responde a fines *extrasocietarios* o, en su caso, *ajenos a la persona jurídica*.

El verbo *encubrir* utilizado en el art. 54 LSG no se interpreta como sinónimo de ocultamiento. No tiene relevancia que la actuación que prevé la norma haya sido oculta o conocida. De lo contrario quedaría liberado de la aplicación de la norma aquel que utiliza la sociedad para las finalidades incriminadas pero, para no ser alcanzado por la ley, las hace públicas. Los proyectos de reforma societaria y el art. 144 CCyC corrigieron este posible equívoco. Otro tanto ocurre respecto de la expresión *mero recurso* para lograr los fines reprobados. De ello derivaría una asociación con la noción de sociedad ficticia, sociedad de paja, sociedad máscara,

etc. (107), y por consiguiente también con la simulación (108), pero esa imperfecta calificación, no repetida en el art. 144, Cód. Civ. y Com., ni en los proyectos de reforma a la Ley de Sociedades, no es óbice para disponer la inoponibilidad a otros supuestos. No interesa si la actuación de la sociedad tuvo *solamente* aquella finalidad, sino que ella esté presente, aunque vaya acompañada de otros propósitos no reprobables (109).

VI.3. Violación de la ley y del orden público

La violación de la ley, en sentido amplio, se superpone a menudo con la frustración de los derechos de un tercero. En general, cuando se trata de derechos acordados por la ley, y no derivados de una relación obligatoria convencional, la frustración de los derechos corresponde ser encuadrada como violación de la ley. Así, un grupo de casos en los cuales la jurisprudencia argentina reiteradamente desconsideró la personalidad jurídica, fue el de la violación de la legítima hereditaria (110). Anticipando una cuestión a considerar luego, señalo que en estos casos no siempre se requirió el elemento intencional, ni tampoco siempre se invocó expresamente la desestimación de la personalidad (111).

Orden público debe entenderse en su sentido estricto, “cuidando de no confundir con la noción de normas imperativas o indisponibles” (112). Normas de orden público son las que inspiran el mantenimiento de la organización social, la moral, las buenas costumbres y las instituciones fundamentales del derecho privado (113). En otros términos, la norma es de orden público cuando hace a la protección inmediata del interés público y solo de modo mediato del interés privado, pero no cuando protege inmediatamente el interés privado y mediatamente el interés público (114).

VI.4. Violación de la buena fe y la frustración de derechos de terceros.

“Los derechos deben ser ejercidos de buena fe” (Cód. Civ. y Com., art. 9), lo que hace de la buena fe un principio general del ordenamiento jurídico, una norma moral que domina el deber de conducta en todas las relaciones jurídicas (115). No es admisible utilizar la persona jurídica para violar ese principio.

Por analogía de presupuestos, a la buena fe debe equipararse la actuación de la persona jurídica que excede los límites de la moral y las buenas costumbres (Cód. Civ. y Com., art. 10). De no admitirse esta asimilación de supuestos, a tenor del art. 386 del Cód. Civ. y Com. correspondería resolver la cuestión en el terreno de las nulidades absolutas. Empero la dinámica de la actuación de las personas jurídicas genera dificultades muchas veces insalvables para establecer con precisión el objeto de tal nulidad. Los arts. 54 LGC y 144 Cód. Civ. y Com. no imponen una sanción de nulidad, sino que, atenuándola (116) en beneficio de la seguridad jurídica y de la conservación de los actos jurídicos, se limita a una forma menor de ineficacia, la inoponibilidad de la personalidad y la extensión o el traslado de la imputación.

El supuesto alcanzado por la norma es el de la actuación de mala fe del socio, controlante, etc., a quien se le extenderá o trasladará la imputación, pero no a la mala fe de la actuación de la propia persona jurídica (117), la cual será tratada conforme al derecho común que corresponda al caso.

La frustración de los derechos de terceros constituye un fraude a estos (118) y comprende la frustración de los derivados de cualquier fuente: ocultamiento de bienes por insolvencia fraudulenta o frente a cualquier derechohabiente (v.gr., cónyuge, heredero) y, en especial, los supuestos de quebrantamiento o elusión de obligaciones contractuales.

VI.5. Una causal no legislada: “cuando, sin justificación en una genuina actividad productiva, constituya el obstáculo para acceder al ejercicio de los derechos de aquellos”

Esta causal fue agregada en el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019. Es un supuesto propio de las sociedades que se vincula con la mención del art. 1º de la LGS de que el destino de los aportes de los socios es “para aplicarlos a la producción o intercambio de bienes o servicios”. Este dato no es un presupuesto de validez de la sociedad. Si lo fuera, la empresa productiva debería preexistir al acto constitutivo y ello es lógicamente imposible. Además, el art. 31 LGS admite la socie-

dad *holding* pura, o sea la que solamente es titular de inversiones, cualquiera sea su clase y se pone en duda que este sea un supuesto de producción o intercambio de bienes o servicios. Frente a ello cabe preguntarse sobre el efecto jurídico de la inclusión de ese dato en el concepto de sociedad.

La respuesta se encuentra en la ya citada ponencia de Butty (119): la ausencia o presencia de *hacienda mercantil* o de *genuina actividad productiva* es el dato decisivo para hacer lugar o rechazar la declaración de inoponibilidad que se pretende para hacer valer algún derecho. La práctica de los tribunales ha aplicado este *standard* particularmente en casos de derecho de familia o sucesorio: si los bienes que se pretende alcanzar están en una sociedad que no tiene actividad empresarial (120), la sociedad será ineficaz a efectos de incluirlos en la comunidad de bienes matrimoniales o en el acervo hereditario. No en cambio cuando fueron aportados a una sociedad que desarrolla una actividad productiva.

VII. ¿Necesidad de un elemento subjetivo para que proceda la inoponibilidad?

Hice referencia antes a la polémica en Alemania sobre la necesidad de la presencia de un elemento subjetivo para que proceda la desestimación o penetración de la persona jurídica. Serick, y también Drobniq, pero particularmente el primero, hicieron especial hincapié en la necesidad de ese elemento, entre otros motivos, porque sin él no encontraban el fundamento normativo necesario para sus teorías. Ya dije que la posición de Serick quedó en minoría en Alemania: para superar los límites de la personalidad, la doctrina predominante y la jurisprudencia se atuvieron, bajo una u otra forma, a aplicaciones institucionales, objetivas o finalistas de las normas de fondo.

Este debate y sus consecuencias fueron solo ocasionalmente tomados en cuenta por la doctrina argentina, incluso luego de la incorporación del tercer párrafo del art. 54 LGC (121). En el derecho positivo argentino la cuestión no está resuelta por esta norma, ni por el art. 144 Cód. Civ. y Com.. Como ya señalé, exigir la presencia —y, por lo tanto, la prueba— de intencionalidad abusiva, frau-

nos Aires, 1991, p. 416: en lo referido al supuesto de la sociedad como mero recurso, dice este autor que “los problemas pueden ser resueltos mediante la simulación (art. 953 del Código Civil)”; pero en lo atinente a la actuación que encubra fines extrasocietarios, señala que “describe el control, tanto interno como externo, en una sociedad que no es simulada, sino real, pero que se halla bajo control de un tercero. También este es campo tradicional de la teoría del abuso de la personalidad jurídica”. También ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 126, dice que se trata de un caso de abuso del derecho.

(102) Cfme.: CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 91, quien vincula a la inoponibilidad con el desvío de la causa-fin de la persona jurídica, porque para el desvío de otros datos normativos la legislación prevé otras sanciones.

(103) “Sociedades con otra finalidad. El contrato social o estatuto pueden prever cualquier destino para los beneficios de la actividad o la forma de aprovecharlos. Pueden prever también el no reparto de utilidades entre los socios. Para introducir esta clase de disposiciones en el contrato social o estatuto de sociedad existente, se requiere el voto unánime de los socios”.

(104) CABANELLAS, Guillermo, “Derecho societario. Parte General (La personalidad jurídica societaria)”, HeLiasta, Buenos Aires, 1994, t. III, ps. 94/5, incurra, a mi juicio, en ese error.

(105) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 97.

(106) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 94/5.

(107) DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 416.

(108) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 92/3.

(109) Cfme.: CABANELLAS, Guillermo, ob. cit., p. 326, nota 550. Otro autor atribuye importancia, al significado

de la palabra mero para encuadrar en sus justos límites casos de familia y sucesorios, LOSICER, Jorge Alberto, “Las llamadas “sociedades de familia”. La personalidad societaria ante la disolución conyugal y la sucesión”, en *V Congreso de Derecho Societario*, Huerta Grande, Córdoba, 1992, t. II, p. 670. En contra FERRER, Germán, “La responsabilidad de los directores de sociedades anónimas y la inoponibilidad de la persona jurídica en la relación de empleo ‘en negro’”, citado por ROITMAN, Horacio, *Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada*, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 154. CAPUTO, Leandro J., ob. cit., p. 90, vincula el término mero “introdujo la cuestión de un desvío agravado”, con cita de otro trabajo suyo, El encubrimiento y el mero recurso en los términos del art. 54:3, Ley de Sociedades Comerciales, JA 2003-IV-889.

(110) Son clásicos: el fallo de la CCiv. y Com. de Concepción del Uruguay, “Morrogh Bernard”, 09/02/1979, LA LEY, 1979-D, 237, con nota de María Josefa Méndez Costa, Legítima y sociedades de familia, que es el caso del heredero que, por propia voluntad, no formó parte de la sociedad entre su padre y sus hermanos; el caso *Asiesiano c. Gianina SCA*, resuelto por la CNCom., sala A, 27/02/1978, LA LEY, 1978-B, 196, con comentario de Eduardo Zannoni, La desestimación de la personalidad societaria *-disregard-* y una aplicación en defensa de la intangibilidad de la legítima hereditaria. En igual sentido, CNCom., sala A, “B., B.I, c. B.”, 25/11/2004, LA LEY, 2005-B, p. 690. En otro caso el causante transmitió su patrimonio a una sociedad cuya única accionista era su conviviente, violando la legítima de sus herederos (CNCom., sala A, 25/11/2004, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 33, Marzo-Abril 2005, p. 279). Otra Sala resolvió un caso similar (CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616, con un importante voto del juez Mizrahi).

(111) Esto último ocurrió en el caso *Mangosio*, en el que el tribunal recurrió a la figura de la simulación ilícita para obligar a colacionar unas acciones (CCiv. y Com. de Bahía Blanca, Sala I, RDCO, Año 26, 1993-B, p. 300). Una solución similar dio la CNCiv., sala E, “Gurevich de Taub c. Gurevich”, 05/02/1979, LA LEY, 1979-D, 177, con nota de Carlos H. Vidal Taquini, *Colación y donación de ganancias*.

(112) FARGOSI, Horacio, “Notas sobre la inoponibilidad de la personalidad societaria”, LA LEY, 1985-E, 715.

(113) LLAMBIAS, Jorge J., “Tratado de Derecho Civil, Parte General”, t. I, ps. 150 y 155. La jurisprudencia caracterizó al orden público como aquel que “reúne el conjunto de condiciones fundamentales en la vida social instituidas en la comunidad jurídica, las cuales, por afectar centralmente a la organización de esta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos” (CNCiv., sala C, 26/08/1980, LA LEY, 1981-A, 243). Conforme con la aplicación a supuestos contrarios a la moral y las buenas costumbres, ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, t. II, p. 159.

(114) BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil Comentado”, Astrea, Buenos Aires, Vol. 4, p. 715 y la cita de BOFFI BOGGERO.

(115) BELLUSCIO-ZANNONI, “Código Civil Comentado”, Astrea, Buenos Aires, 1984, t. V, ps. 896/7; LÓPEZ de ZAVALÍA, Fernando J., “Teoría de los contratos, Parte General”, Zavallía, Buenos Aires, 1975, t. I, p. 170 y ss.

(116) DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad jurídica (en el derecho privado)”, Depalma, Buenos Aires, 1991, p. 416.

(117) Cfme.: ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 157; VERÓN, Alberto Víctor, “Uso y abuso de la personalidad jurídica. Inoponibili-

dad y responsabilidad”, LA LEY, 2011-D, ps. 1148/57; LÓPEZ RAFFO, Francisco M., “Notas actuales de la inoponibilidad de la personalidad societaria”, RDCO, 2014-B, 81, donde señala que no son los ilícitos de la sociedad, sino el abuso de la herramienta societaria los que castiga la norma.

(118) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 97.

(119) BUTTY, Enrique M., ob. cit., ps. 643/4: “basta para el funcionamiento de la inoponibilidad que la actuación de la sociedad encubra la persecución de una finalidad extrasocietaria, aunque pueda ser lícita en el sentido de no fraudulenta”. De ello deriva que el límite del reconocimiento de la personalidad debe establecerse por referencia a la noción de causa final mediata de la sociedad; pero aún establecida la licitud de esta, puede funcionar la inoponibilidad de la personalidad jurídica cuando carece de *hacienda mercantil*.

(120) Ese fue uno de los elementos tenidos en cuenta en un fallo de la CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616.

(121) Como excepción, MOEREMANS, Daniel E., y RICHARD, Efrain Hugo, “Inoponibilidad de la personalidad jurídica como forma de extensión de responsabilidad de socios o controlantes”, en *Congreso Argentino de Derecho Comercial*, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, ps. 187 y ss. (esp. ps. 190/1). También CORTAGNINO, Silvia Adriana, “La personalidad societaria y su desestimación (Sugerencias para perfeccionar el Proyecto de Unificación de la Legislación Civil y Comercial de la Nación)”, en *Congreso Argentino de Derecho Comercial*, 1990, Colegio de Abogados de la Ciudad de Buenos Aires, Vol. 2, p. 69, donde propone, *de lege ferenda*, incorporar la exigencia de intencionalidad, o sea dolo, para la procedencia de la desestimación o inoponibilidad de la personalidad jurídica. También lo resolvió así el ST de Jujuy, 18-4-2001 (LL NOA, 2001-554).

duleña o dañosa, constituye una restricción al uso del remedio.

Todo indica que el legislador tuvo la intención de ser amplio cuando adoptó criterios que se enraízan tanto en Serick como en otras fuentes, con el agregado de formulaciones originales (122). Sin embargo, no dio ninguna pauta especial sobre el aspecto subjetivo. Parte de la doctrina siguió refiriéndose al abuso de la personalidad (123), sin analizar las implicancias respecto de la exigencia de intencionalidad, y algún fallo requirió especialmente el elemento subjetivo (124). Ello parece implícito también en la caracterización de la inoponibilidad como “un remedio de naturaleza punitiva” (125). En otros fallos se resolvió que no era relevante que no se hubiera procurado una finalidad ilícita al constituir la sociedad (126).

En lo personal, di mi opinión en una ponencia hace muchos años (127): “no es preciso probar la intencionalidad o la culpa, ni se exige de la consecuencia legal quien probar que no obró con dolo, con culpa o con intención de dañar o de violar la ley, el orden público o la buena fe. Para hacer aplicable la disposición, basta que se compruebe el desvío de la finalidad para la cual la ley otorgó a la sociedad la condición de sujeto de derecho” (128).

La inoponibilidad y la responsabilidad son dos acciones jurídicamente distintas y separadas (129). La primera, con su efecto de extensión o traslado de la imputación, se diferencia de la responsabilidad de quienes hicieron posible la actuación incriminada, precisamente en que solo esta última requiere que se reúnan todos los elementos propios del régimen de responsabilidad civil, entre ellos el factor de imputación subjetivo. En cambio, para decretar la inoponibilidad, pudo haberse producido una concatenación de acontecimientos que haya resultado en una de las situaciones que la habilitan. Por ejemplo: si en el citado caso *Pechenik* (130), la sociedad de igual nombre, en lugar de constituirse luego de la inhabilitación del socio mayoritario como proveedor del Estado, hubiera preexistido, habría estado ausente el elemento intencional. Sin embargo, la sanción hubiera sido ineficaz de admitirse que una sociedad controlada por la persona sancionada continuara proveyendo al Estado.

Cuando, media un pacto de exclusividad en un contrato de distribución, o una obligación de no establecerse en un contrato de

transferencia de un fondo de comercio, o un acuerdo de no competir en un contrato de *joint venture*, si la persona jurídica obligada por el pacto se convierte en controlante de una tercera sociedad que vende sus productos a través de otro distribuidor, puede no haber intención de frustrar los derechos de la contraparte. Sin embargo, objetivamente, se configura un caso de frustración de su derecho de exclusividad o, *mutatis mutandi*, la frustración del pacto de no establecerse o de no competir. Otro tanto ocurre en casos de derecho de familia. Si un matrimonio por decisión de ambos, coloca sus bienes, tanto gananciales como propios, total o parcialmente, en una sociedad de la que son únicos socios, cuando se extingue la comunidad de bienes, ya sea por divorcio como por muerte de uno de los cónyuges, objetivamente la sociedad será un obstáculo para la partición de los bienes: la sola presencia de la sociedad frustra los derechos de los interesados y obstaculiza la aplicación de la ley. La sociedad no fue creada ni recibió los bienes con intencionalidad antijurídica o ilícita. ¿Se negará por ello el derecho de los interesados para obtener la declaración de inoponibilidad?

En conclusión, el funcionamiento del instituto con el alcance querido por el legislador no requiere de la presencia y ni de la prueba de un elemento intencional. Este criterio fue seguido por el Proyecto de Reformas a la LGS de 2019. Al reglar algunas condiciones y efectos del instituto, también aclaró este punto: “la declaración de inoponibilidad de la personalidad jurídica, que será apreciada con criterio restrictivo pero sin requerir la prueba de intención fraudulenta o dañosa, solo producirá efectos respecto del caso concreto en que se declara y como accesorio al derecho sustancial que se pretende ejercer”.

VIII. Legitimación

La inoponibilidad es un instrumento para la protección de los terceros. Ello no excluye a los socios, asociados o miembros de la persona jurídica en tanto se trate de su vínculo con ella como terceros. En cambio, no parece ser un medio apto para ejercer derechos internos en la persona jurídica (131). Las normas vigentes guardan silencio, en contraste con el art. 189 de la ley uruguaya, que admite a los socios como legitimados activos, sin hacer distinciones de ninguna naturaleza. El Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 incluyó entre las causales de declaración de inoponibilidad que la sociedad sea utilizada “para frustrar derechos de socios o terceros”. El supuesto de los socios es difícil de ima-

ginar, pero si se presentara alguno, aunque no medie su admisión explícita, es de prever que su legitimación se admitirá por analogía (132).

La declaración no puede producirse de oficio. Solo en supuestos en que se halle concretamente afectado el interés público, cabe reconocer legitimación a la autoridad competente que tutele ese interés para solicitarla. No tiene legitimación una autoridad pública (v.gr., en casos de sociedades por acciones, la autoridad administrativa, con base en el art. 303, inc. 2, de la Ley) bajo la invocación de genéricos intereses de los particulares (133).

En cuanto a los sujetos pasivos, se ha sostenido que el art. 54 III de la LGS no sería aplicable a los controlantes no socios, en especial, a los controlantes externos (134). No comparto esa restricción interpretativa (135): el texto legal no restringe el efecto de la inoponibilidad —la extensión o el traslado de la imputación de la actuación a otro sujeto— a la calidad de socio. Tampoco lo hace el art. 144 del Cód. Civ. y Com. La mención del controlante carecería de sentido si además tuviera que ser socio, asociado o miembro. Tampoco existe obstáculo lógico o jurídico para que la imputación del derecho, la obligación o la titularidad de bienes sea extendida o trasladada al sujeto que corresponda, quienquiera sea, si es el responsable de haber hecho un uso desviado de la persona jurídica, con independencia de cualquier condición de socio, asociado o miembro de la persona jurídica.

Recuérdese, por lo demás, que las relaciones de dominio participativo pueden presentarse en forma escalonada, como está previsto en la definición del art. 33 de la LGS. Con respecto al llamado *control externo*, soy crítico de que la ley equipare este supuesto al control jurídico interno que atañe a la formación de la voluntad orgánica de una sociedad. Empero, a la luz del criterio adoptado por el legislador, aún asignándole una casi nula utilidad práctica respecto del controlante externo, no cabe retacear por vía interpretativa la posibilidad de declarar la inoponibilidad al controlante externo (136).

El art. 190 de la ley uruguaya prescinde de calificar al sujeto pasivo de la imputación facilita soluciones en el marco de estructuras complejas, como los grupos de sociedades, en los cuales a veces la necesidad del caso requiere alcanzar, por ejemplo, a una sociedad bajo control común (137). Lo mismo hace el

Proyecto de Reformas a la LGS de 2019, que prevé que “el efecto de la declaración es extender o trasladar a quien corresponda la imputación de los bienes, los derechos, las obligaciones, el patrimonio o las relaciones jurídicas”.

IX. La responsabilidad

Como ya se señaló, la responsabilidad que se impone en ambas normas es jurídicamente independiente y separada de la inoponibilidad y de su efecto propio, la extensión o el traslado de la imputación de relaciones jurídicas (138). La atribución de responsabilidad puede resultar superflua cuando la satisfacción de los intereses en juego se alcanza con el solo efecto principal del remedio, la imputación al socio, asociado, miembro o controlante.

La responsabilidad del art. 54 LGS y primer párrafo del art. 144 Cód. Civ. y Com. es impuesta a los socios, asociados, miembros o controlantes *que hicieron posible* la conducta incriminada que da lugar a la inoponibilidad. No se restringe a los beneficiarios de esa conducta, ni a los verdaderos titulares de los derechos involucrados: alcanza a quienes incurrieron en la conducta y también a los demás que, por su acción u omisión, la hicieron posible (139). Es una responsabilidad directa y propia de los sujetos alcanzados, derivada de actos propios de ellos (140). En cambio, no se imputa responsabilidad a la propia persona jurídica que se declaró inoponible (141).

Como ya señalé, el segundo párrafo del art. 144 Cód. Civ. y Com., al reproducir el texto del proyecto de reformas a la LGS de 2003, establece también la responsabilidad de “los participantes en los hechos por los perjuicios causados”. El Proyecto de Reformas a la LGS de 2019 utiliza las mismas palabras, pero con el razonable agregado de que ello es “según el grado de su intervención y conocimiento de ellos, si hubieran causado perjuicio”. Así el alcance de las responsabilidades puede extenderse a los administradores de la persona jurídica o a terceros que de algún modo hubieran contribuido a los hechos que dan lugar a la inoponibilidad.

La acción resarcitoria está a disposición de cualquier tercero que haya sufrido un daño, tanto si es por motivo de la conducta que da lugar a la declaración de inoponibilidad, como si es por las consecuencias de la declaración misma, como v.gr., los acreedores de la sociedad declarada inoponible

(122) Así lo explicó PALMERO, Juan Carlos, en su intervención en la discusión en el *V Congreso de Derecho Societario*, Huerta Grande, Córdoba, 1992, (reproducida por GULMINELLI, Ricardo Ludovico, *Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica*, en RDCO, 1993-A, ps. 150/1).

(123) Basta con citar el título de la obra de DOBSON, Juan M., “El abuso de la personalidad”, ob. cit.

(124) CNCom., sala E, “London Supply SA c. Alimar SA”, 05/03/2008 (*Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 10, Febrero-Marzo 2008, N° 50, ps. 340/69) en el que se dijo que “las características propias de la figura exigen de una conducta positiva (elemento subjetivo) que permita llegar a la imputación y descorrimiento de velo societario ... y ... debe ser el dolo... o la culpa notoriamente agravada”.

(125) ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 129. Sin embargo, más adelante el mismo autor dice que la norma no presupone la presencia de una causa ilícita (ps. 148 y ss.).

(126) CNCiv., sala B, “Ferreti c. Nóbile”, 12/11/2009, LA LEY, 2010-B, 616. También sostiene lo innecesario de la prueba de un elemento subjetivo el fallo de la CNCom., sala F, “Víctor Carballude SRL s. Incidente de Inoponibilidad de la personalidad jurídica”, 13/05/2014, LA LEY, 2014-F, 380.

(127) MANÓVIL, Rafael Mariano, “Imputación” al socio (o controlante) o “responsabilidad”, en *V Congreso de Derecho Societario*, Huerta Grande, Córdoba,

1992, t. II, ps. 627 y ss.

(128) Este párrafo mereció la crítica de Gulminelli durante el debate, quien señaló que tratándose de un supuesto de antijuridicidad, y por lo tanto de ilicitud, el aspecto subjetivo, que estaría implícito en la formulación de la norma, sería también insoslayable para la procedencia de la inoponibilidad de la personalidad jurídica. Véase, GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1993-A, ps. 145/9. En una posición más moderada al respecto, el mismo autor sostiene que la presencia objetiva de la conducta genera una presunción de la actuación delibada (en *Nuevas Tendencias en la Jurisprudencia Societaria y Comercial*, Fundación para la Investigación y Desarrollo de las Ciencias Jurídicas, Bs.As. 2009, ps. 239/63).

(129) Distinción ausente en GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual...”, citado en la nota precedente”, ps. 152/4.

(130) SC Buenos Aires, “Pechenik S.A. c. Prov. de Buenos Aires”, 25/04/1967, ED, t. 19, p. 741.

(131) En un fallo se resolvió que “la pretensión de prescindir de la personalidad societaria para proteger los intereses de una de las partes del negocio impugnado, resulta inviable en razón de lo dispuesto por el art. 54 de la ley de sociedades comerciales, en tanto esta norma cierra un círculo de protección de los intereses de terceros” y que “la figura de la inoponibilidad del art. 54... regula supuestos de desestimación en protección de terceros, acreedores de la sociedad

o de los socios, pero no abarca —como principio— la redhibición de la personalidad societaria en beneficio de los socios o de la propia sociedad, ya que la propia noción de “inoponibilidad” alude al supuesto de ineficacia de un acto jurídico que, siendo válido entre las partes, no produce efectos respecto de determinadas personas ajenas a él, a quienes la ley autoriza a comportarse como si el ente no existiese” (CNCom., sala C, “Simancas c. Crosby”, ED 184, p. 249). Otra sentencia, que rechazó una pretensión entre socios, estableció que “es necesaria una causal extraordinaria ... cuando esa desestimación es en beneficio de otro de ellos” (CNCom., sala E, “Iglesias c. Textil Iglesias SAIC”, 23/04/2009, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 11, 2010-1, p. 298).

(132) En favor de la legitimación de los socios, ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, p. 166.

(133) Así lo resolvió la CNCom., sala C, “Inspección General de Justicia c. Boswil S.A.”, 15/07/2021, TR LALEY AR/JUR/107081/2021, con esclarecedor comentario de FERNÁNDEZ, Leonardo, “Un precedente notable en materia de facultades de fiscalización de la IGJ (Un comentario al caso “Boswil”)”, a ser publicado en t. 2021-F.

(134) OTAEGUI, Julio César, “El art. 54 de la ley de sociedades: inoponibilidad de la personalidad jurídica”, ED, t. 121, p. 813.

(135) Tampoco DOBSON, Juan M., ob. cit., p. 417, donde da por sobreentendido que la norma se aplica a todos

los supuestos de control.

(136) Cfme. ROITMAN, Horacio, “Ley de Sociedades Comerciales Comentada y Anotada”, Ed. La Ley, Buenos Aires, 2011, 2ª ed., t. II, ps. 164/5.

(137) En el derecho argentino para tal resultado debería recurrirse a una suerte de doble desestimación simultánea, con las complejidades procesales y probatorias consiguientes.

(138) MACAGNO, Ariel A.G., “La personalidad jurídica de las sociedades comerciales”, con especial referencia a su inoponibilidad por violación al régimen laboral y previsional, *Revista de las Sociedades y Concursos*, N° 23, Julio-Agosto 2003, ps. 41/2 y 45, donde acertadamente destaca la relevancia de la independencia de ambas acciones, porque para la de responsabilidad se requiere siempre antijuridicidad, lo que no siempre es presupuesto de la imputación a que se refiere la inoponibilidad.

(139) Para la cuestión relativa a otros eventuales responsables, como los administradores, GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1993-A, ps. 166/7.

(140) VÍTOLO, Daniel Roque, “Las sociedades unipersonales en el derecho privado”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires 2021, p. 167; GULMINELLI, Ricardo L., “La inoponibilidad de la personalidad jurídica”, LA LEY, 2016-C, 991.

(141) Respecto de las sociedades, en contra: OTAEGUI, Julio César, ob. cit., p. 104, donde sostiene que también responde la sociedad.

cuando como consecuencia de ello se afectó su patrimonio. Como gráficamente dijo un autor, son daños “causados por la frustración societaria” Cód. Civ. y Com. (142). Incluso la propia sociedad cuya personalidad se declaró inoponible puede ser acreedora de la reparación de un daño que haya sufrido (143).

X. Inoponibilidad y terceros de buena fe

Reconocer la prioridad de los terceros de buena fe puede ser una importante restricción a la efectividad del remedio de la inoponibilidad. No se olvide que el tercero puede ser de buena fe, pero no así el sujeto pasivo de la inoponibilidad. El tema fue motivo de debate en la doctrina y de tratamiento legislativo dispar en la Argentina y en Uruguay. Mientras nuestra ley societaria no lo trató, el art. 190 de la ley uruguaya dispuso que “en ningún caso, la prescindencia de la personalidad jurídica podrá afectar a terceros de buena fe”. Ya se dijo que el art. 144 del Cód. Civ. y Com. recogió el texto del proyecto de reformas de 2003 en el mismo sentido, de modo que la discusión debe darse por zanjada en nuestro derecho.

No obstante, hubo y hay opiniones encontradas sobre este punto. Otaegui señalaba que “la tutela del tercero de buena fe está presente en nuestro derecho (Código Civil, arts. 970, 1051 y 3430)” (144). En una ponencia

se propuso que antes de efectivizarse la imputación de bienes de la sociedad al socio o controlante, debe reducirse el capital de la sociedad y, eventualmente, disolverse y liquidarse, previa garantía en favor de los acreedores sociales (145). También Caputo está a favor de la protección del tercero de buena fe (146).

Sin embargo, cuando la declaración de inoponibilidad cede prioridad a los terceros de buena fe, el instituto pierde parte de su eficacia. En mi opinión, cuando incorporó el tercer párrafo del art. 54 de la LGS la intención del legislador no iba más allá de respetar a los terceros de buena fe que adquirieron derechos concretos sobre el o los bienes involucrados en la inoponibilidad, pero no genéricamente a todos los terceros.

Es interesante destacar que ante una crítica expuesta por Rudolf Reinhardt (147), Serick contestó con un argumento lógico, que comparto, contra el otorgamiento de prioridad a los terceros de buena fe: la aplicación del principio *prior in tempore potior in iure* (148).

XI. Aspectos procesales y prescripción

La pretensión de declaración de inoponibilidad es siempre accesoria de una pretensión principal por medio de la que el actor

procura ejercer un derecho. No tendría sentido como pretensión autónoma. Por ello, y porque la necesidad de invocarla puede aparecer como materia de necesario esclarecimiento en las más variadas circunstancias de un conflicto, la inoponibilidad puede plantearse tanto por vía de acción como por vía de defensa (149) y en cualquier tipo de proceso, principal o incidental. En un conocido fallo se admitió incluso que la inoponibilidad de la personalidad jurídica sea demandada como acción meramente declarativa (150). Pero no es viable en la ejecución de sentencia, como lo dispuso la Corte Suprema (151) y también otros tribunales (152), porque violaría el derecho de defensa en juicio.

En razón de su apuntado carácter accesorio, la pretensión de inoponibilidad no tiene un plazo de prescripción autónomo (153). Prescribirá cuando lo haga la acción principal a la que accede.

XII. Cierre

En la exposición precedente no se han abordado enfoques de la inoponibilidad de las personas jurídicas desde otras áreas del derecho fuera de la societaria. No se ha tratado la cuestión en el derecho laboral, fiscal, ambiental, de la concurrencia, ni siquiera en el concursal. El propósito ha sido el de volver a reflexionar sobre el tema a la luz de la evo-

lución de un instituto que es una excelente herramienta para corregir el mal uso de la persona jurídica, pero que debe ser utilizado con ponderación de las circunstancias de cada caso particular; y no dar lugar a excesos que el legislador no ha querido.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3611/2021

Más información

Moeremans, Daniel E., “Inoponibilidad de la persona jurídica en el Código Civil y Comercial de la Nación”, LA LEY 21/04/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/985/2021

Schneider, Lorena R., “Las cláusulas de exoneración y limitación de responsabilidad en las sociedades comerciales. ¿Resulta válido dejar sin efecto los deberes de lealtad y diligencia en las SAS?”, LA LEY 23/12/2021, 1, TR LALEY AR/DOC/3481/2021

Libro recomendado:

Responsabilidad de los Administradores de Sociedades en casos de Concursos y Quiebras. Sociedades

Autor: Verón, Alberto

Edición: 2021

Editorial: La Ley, Buenos Aires

(142) SALERNO, Marcelo Urbano, “Los daños derivados de la frustración societaria”, ED, t. 119, p. 976, quien se refiere a supuestos de invalidez de la sociedad, pero igualmente aplicable a este particular caso de ineficacia.

(143) GULMINELLI, Ricardo Ludovico, “Enfoque actual de la inoponibilidad de la personalidad jurídica”, en RDCO, 1993-A, ps. 157/60.

(144) OTAEGUI, Julio César, ob. cit., ps. 108.

(145) BARGALLO, Miguel Federico - FAVIER DUBOIS (h), Eduardo M., “Los acreedores frente a la imputación de activos por inoponibilidad de la persona jurídica (*lege lata*)”, en *V Congreso de Derecho Societario*, Huerta Grande, Córdoba, 1992, T. II, p. 640.

(146) CAPUTO, Leandro J., ob. cit., ps. 197/201.

(147) REINHARDT, Rudolf, ob. cit., p. 587.

(148) SERICK, Rolf, ob. cit., ps. 25/6. A favor de esta

interpretación, con cita de este último, pero anterior al Cód. Civ. y Com., ROITMAN, Horacio, ob. cit., ps. 167/8.

(149) CNCom., sala D, “LC Acción Producciones SA c. Arte Radiotelevisivo Argentino SA”, 27/03/2012, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 13, 2012, N° 4, p. 169. En el caso se rechazó la pretensión por ir contra los propios actos anteriores de quien la planteaba.

(150) CNCom., sala C, “Vasco Ferrari c. Arlinton SA”, 10/05/1995, LA LEY, 1996-B, 598. En un juicio contra ciertas personas, el actor había procurado embargar un inmueble y un automotor con el resultado de que ambos habían sido transferidos a una sociedad de la que eran accionistas los demandados. Durante el juicio obtuvo, la declaración de que le era inoponible la sociedad y que los bienes pertenecían a sus socios.

(151) CS, “Aguinda Salazar c. Chevron Corporation”, 04/06/2013, LA LEY, 2013-C, 522. En este importante caso internacional, la actora pretendió ejecutar una medida cautelar dictada en Ecuador sobre el patrimonio de sociedades controladas por la demandada. Ello fue rechazado por la Corte que sentó doctrina en varios aspectos: “La personalidad jurídica es un derecho de la sociedad que protege no solo su patrimonio, sino que también atiende a los legítimos intereses de quienes han contratado con ella, por lo cual, este dispositivo excepcional no puede ser puesto en práctica sin la previa sustanciación, por vía principal o incidental, de un proceso contradictorio con efectiva posibilidad de defensa”.

(152) CNCiv., sala A, “Birlen SA c. Von Sanden de Klein”, 29/06/2012 en *Revista de las sociedades y concursos*, Año 13, 2012-5, ps. 186/7. Se resolvió que era

inadmisible sin previo proceso de conocimiento donde se hubiera establecido el nexa causa. En igual sentido, CNCom., sala A, “Sucesión Rotundo c. Compañía Azucarera Bella Vista SA”, 23/10/2012, en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 14, 2013-1, p. 174.

(153) Que la de inoponibilidad no es una acción autónoma con una prescripción propia fue confirmado por varios fallos. Así CNCom., sala D, “Grosso Fuglini c. Cía. Central de Depósitos SA”, 13/08/2019; CNCom., Sala A, “Ulloa”, 11/05/2007; CNFed. Civ. y Com., Sala I, “Llauró Hnos. Propiedades”, 29/04/1983 referenciados en *Revista de las Sociedades y Concursos*, Año 20, 2019-3, p. 87. En contra, ROITMAN, Horacio, ob. cit., p. 199, para quien rige el plazo de la prescripción aquiliana.

Nota a fallo

Niños en estado de adoptabilidad

Necesidad de que los jueces evalúen el vínculo con los guardadores y la familia biológica. Interés superior del niño. Recomendaciones a los jueces del caso.

1. - A la luz del interés superior del niño, la resolución del tribunal local de dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora importó un examen parcial del asunto, realizado solo desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados, sin ponderar la situación real de la niña ni las consecuencias que podrían derivarse para esta última de la decisión adoptada.
2. - Una decisión como el dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora debió necesariamente haber sido fruto de un examen que diera cuenta de la conveniencia de tal medida para la niña en el contexto de su realidad actual, con el fin de hacer efectivo su interés superior. Debieron ponderarse dos factores. Por un lado, el posible riesgo de

provocar un daño psíquico y emocional a la niña al modificar su actual emplazamiento —aspecto totalmente soslayado en la decisión recurrida— y, por el otro, la aptitud que resultaba exigible a su progenitora para minimizar ese posible o eventual riesgo.

3. - Resulta evidente que, en el caso, no se ha considerado el interés superior de la niña. Al sustentar su decisión solo en la conducta de la progenitora con posterioridad a la adopción de la medida de abrigo, la Suprema Corte local ha omitido toda valoración tanto de las circunstancias que unieron a la niña con sus guardadores preadoptivos, como de la incidencia que podría tener en su vida una vinculación con su progenitora y la ulterior modificación del entorno sociofamiliar en el que se encontraba inserta desde temprana edad.
4. - Se encomienda al juez de grado que, al momento de definir la situación familiar de la niña en estado de adoptabilidad, evalúe si establecer una vinculación en el marco de un “triángulo adoptivo afectivo” —en la oportunidad, y en la medida y el modo que resulte beneficioso para aquella—, pues constituye una alterna-

tiva posible para una mejor protección de los derechos —legítimos desde cada óptica— de las personas involucradas en el conflicto, en especial los del sujeto más vulnerable. No puede desconocerse la conducta adoptada por la progenitora durante el curso de la medida de abrigo ni su mayor compromiso en su rol de madre y al ya referido deseo de ver a su hija, como también la postura del matrimonio guardador favorable a que la niña conozca a su madre y a colaborar en ello siempre que se respete su salud psíquica.

5. - La decisión de mantener a la niña en estado de adoptabilidad no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica, cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del suje-

to más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos.

6. - En el proceso de adopción todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del sujeto más vulnerable, no debiendo ello ser desplazado por los intereses de los progenitores y/o de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva, por más legítimos que resulten.

CS, 07/10/2021. - L., M. s/abrigo.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/155737/2021]

Costas

En el orden causado en atención al tema debatido.

La adopción y la necesidad de un abordaje integral e interdisciplinario a la luz del mejor interés de NNA



María Laura Ciolli

Abogada (UNT). Especialista en Derecho de Familia por la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales (UNR). Posgrado en administración de sistemas judiciales de gestión. Diplomada en Derechos Humanos de las Mujeres, a través de Whetu, educación a distancia (Univ. Columbia, Austral, Universidad Internacional Menéndez Pelayo). Especialista en Justicia Constitucional y Derechos Humanos [UBA – Univ. de Bologna (Italia)]. Docente en la Facultad de Ciencias Jurídicas, Políticas y Sociales (UNSTA), en materias: Derecho de Familia y Sucesiones, Jefa de Trabajos Prácticos (Cuarto año) y Derecho Procesal Constitucional (Orientación a la Magistratura), Titular.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Superior o mejor interés de las infancias y adolescencias.— III. Los derechos en pugna y su ponderación. Interés superior de NNA.— IV. Socioafectividad y adopción.— V. Cierre.

I. Introducción

En el presente trabajo se comenta un fallo novedoso (1), a mi entender, resuelto por la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que decide sobre la situación de adoptabilidad de una niña que está con la familia guardadora desde muy poco tiempo después de su nacimiento, viviendo e integrada a aquella desde hace tres años. En este sentido la Corte al resolver tiene en cuenta un “triángulo adoptivo afectivo” en respuesta al mejor o superior interés de la niña, la progenitora y la familia guardadora, decisión respecto a la cual, desde ya, se comparte.

En materia de adopción, más allá del principio rector mencionado —interés superior de la niña— se debe estudiar y resolver los casos teniendo en cuenta el derecho a la identidad de niñas, niños y adolescentes (NNA), derecho que, a su vez, para un abordaje integral debiera considerarse un elemento importante que es la socioafectividad.

Por estos motivos es que al comentar el fallo se cree pertinente, por razones de orden en el trabajo, examinar, en primer término, el alcance que reviste el superior o mejor interés de las infancias y adolescencias haciendo particular referencia al caso que nos ocupa. En segundo término, se aborda los derechos en pugna y cómo resuelve la Corte Suprema. En tercer lugar, qué se entiende por socioafectividad; y finalmente unas palabras a modo de cierre del comentario del fallo mas no del tema que, sin lugar a dudas, tiene mucho camino por recorrer.

II. Superior o mejor interés de las infancias y adolescencias

El fallo objeto de análisis es interesante atento al estudio que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación teniendo en cuenta, como se expresara anteriormente, el mejor interés de la niña con un abordaje integral respetando y ponderando los derechos de cada una de las partes intervinientes.

De la lectura del caso objeto de comentario surge que el tribunal local deja sin efecto la declaración de estado de adoptabilidad y ordena, en consecuencia, un proceso de revinculación con la progenitora. Ambas cuestiones deberían haber sido analizadas por el aludido tribunal en función del contexto y/o realidad actual de la niña, quien está con la familia guardadora hace tres años, prácticamente desde que nació.

La adopción es, a mi entender, uno de los institutos del derecho de familia más

agradables para comentar y trabajar. No se habla de quién gana y quién o quiénes pierden en este tipo de procesos, sino, y hete aquí el quid de la cuestión, de qué es mejor para la persona en situación de adoptabilidad. No se debe olvidar que la o el juez que interviene es quien decide el futuro de las personas destinatarias de la adopción. Asimismo, y de acuerdo con cada caso en particular, se aborda de manera integral y decide en consecuencia sobre el posible mantenimiento del vínculo con su familia de origen.

En virtud de lo arriba expuesto, es importante analizar cada caso conforme el mejor interés del niño, niña o adolescente, desde el inicio y todo el proceso de adopción.

En pos de tutelar tal interés, en todo proceso judicial en que están involucradas las infancias o adolescencias, que se pueden ver afectadas por el resultado de una resolución judicial que las involucra, el estudio del caso o conflicto de intereses manifestado en el proceso de familia debe ser abordado en función del mejor interés de estas, ya que son destinatarias de una decisión que las involucra.

Desde la Corte Suprema de Justicia de la Nación se ha dicho y entiende que el interés superior de las infancias y adolescencias constituye una pauta que orienta y condiciona la decisión de los tribunales en el juzgamiento de las causas en las que se ven involucrados intereses de aquellas (2).

La estricta observancia del interés superior de NNA está previsto en el art. 706, último párrafo del Código Civil y Comercial de la Nación, “...La decisión que se dicte en un proceso en que están involucrados niños, niñas o adolescentes, debe tener en cuenta el interés superior de estas personas”, y reiterado en numerosas normas particulares de cada instituto (arts. 113, inc. c, 595, inc. a, 621, 639, inc. a) (3).

III. Los derechos en pugna y su ponderación. Interés superior de NNA

En el fallo objeto de comentario, la Corte resuelve mantener el estado de adoptabilidad de la niña con la familia guardadora, que es el lugar en el que está hace tres años e integrada a esta de acuerdo con los informes psicológicos y socioambientales oportunamente efectuados y que forman parte del proceso. La familia guardadora comprende a la progenitora y su deseo de revincularse con la niña. Y es aquí donde tenemos dos derechos importantes: el derecho de la madre a revincularse, por un lado y el mejor o superior interés de la niña.

Comparto el examen que realiza la Corte Suprema de Justicia de la Nación, cuando expresa que: “...la resolución del tribunal local de dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora importó un examen parcial del asunto, realizado solo desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados, sin ponderar la situación real de la niña ni las consecuencias que podrían derivarse para esta última de la decisión adoptada”.

Son dos derechos en pugna de personas en condición de vulnerabilidad, aspecto no mencionado en pasaje alguno del fallo y que considero importante resaltar. Ambas, progenitora y niña, pertenecen al grupo de personas vulnerables: aquella por ser mujer, pobre, con problemas de salud; y la niña, no solo por ser mujer sino también por su edad. Una y otra están comprendidas en las 100 Reglas de Brasilia sobre acceso a justicia de las personas en condición de vulnerabilidad (4). Es decir, hay acceso a justicia, pero lo que aquí se hace hincapié es en el examen reforzado que debiera hacerse al estar frente a personas en tal condición. La Regla 3 enuncia: Una persona o grupo de personas se encuentran en condición de vulnerabilidad, cuando su capacidad para prevenir, resistir o sobreponerse a un impacto que les sitúe en situación de riesgo, no está desarrollada o se encuentra limitada por circunstancias diversas, para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico. En este contexto se consideran en condición de vulnerabilidad aquellas personas quienes, por razón de su edad, género, orientación sexual e identidad de género, estado físico o mental, o por circunstancias sociales, económicas, étnicas y/o culturales, o relacionadas con sus creencias y/o prácticas religiosas, o la ausencia de estas encuentran especiales dificultades para ejercitar con plenitud ante el sistema de justicia los derechos reconocidos por el ordenamiento jurídico.

La Regla 4 declara que podrán constituir causas de vulnerabilidad, entre otras, las siguientes: la edad, la discapacidad, la pertenencia a comunidades indígenas, a otras diversidades étnicas-culturales, entre ellas las personas afrodescendientes, así como la victimización, la migración, la condición de refugio y el desplazamiento interno, la pobreza, el género, la orientación sexual e identidad de género y la privación de libertad. La concreta determinación de las personas en condición de vulnerabilidad en cada país dependerá de sus características específicas, o incluso de su nivel de desarrollo social y económico.

Con relación a la edad, que es un aspecto no menor a considerar al tener que resolver una cuestión donde hay conflicto de intereses la Regla 5 emite lo siguiente: “Se considera niño, niña y adolescente a toda persona menor de dieciocho años de edad, salvo que haya alcanzado antes la mayoría de edad en virtud del ordenamiento jurídico nacional e internacional aplicable. Todo niño, niña y adolescente debe ser objeto de una especial tutela por parte de los órganos del sistema de justicia en consideración a su desarrollo evolutivo”.

Prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad, cuando interactúan con el sistema de justicia.

Sin perjuicio de las normas constitucionales enunciadas en el fallo objeto de comentario, así Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los art. 3 de la ley 26.061 de Protección Integral de Niñas, Niños y Adolescentes, ley provincial 13.298, y en el art. 706 inc. c del Código Civil y Comercial de la Nación, las Reglas a las que se hizo referencia en los párrafos anteriores debieran formar parte integrante del análisis del caso. La última parte de la Regla 5 dice claramente: *Prevalecerá el interés superior de las personas menores de edad cuando interactúan con el sistema de justicia.*

El interés superior de las infancias y adolescencia es una manda poderosa que debe estar presente a lo largo de todo el proceso y va a determinar, en algunas ocasiones, tanto la atenuación del sistema que rige el proceso, dando lugar a un actuar más oficioso y activo del juez, como el corrimiento o alteración de la secuela regular de un proceso, del contenido de la decisión final que se tome e incluso la posibilidad de revisar tal decisión, aunque esté firme (5). Este principio se tiene en cuenta y aplica conforme cada caso a estudiar y resolver, en otras palabras, dependerá de cada caso en particular.

Volviendo al fallo, el tribunal local al resolver la cuestión y dejar sin efecto el estado de adoptabilidad de la infanta y lograr, de esta manera, la restitución de esta a su familia de origen no tuvo en cuenta, a mi entender, el impacto que esto podría haber ocasionado en la niña; o sea, si se hubiese tenido en cuenta el superior o mejor interés de esta, seguramente otro hubiera sido el resultado.

Siguiendo esta línea de pensamiento, y de acuerdo a lo manifestado por Silvia V. Guahnon, en toda situación en la que se ven involucrados (y en eventual colisión) derechos y garantías fundamentales de di-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) “L., M. s/abrigo”, TR LA LEY AR/JUR/155737/2021

(2) CS, “L.F c/V.L”, 15/11/2005, Fallos. 328:4013, con cita de Fallos, 322:2701; 324:122.

(3) GUAHNON, Silvia V., “Caracteres y principios ge-

nerales de los procesos de familia”, en REY GALINDO, Mariana Josefina (dir.), “Derecho de las Familias. Temas de Fondo y de Forma. La incidencia de la Interdisciplina”, Contexto, Resistencia, Chaco, 2021, p. 469.

(4) [\[guimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-versión-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito\]\(http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/documentos-comision-de-seguimiento-de-las-reglas-de-brasilia/item/817-cien-reglas-de-brasilia-actualizadas-versión-abril-2018-xix-cumbre-judicial-asamblea-plenaria-san-francisco-de-quito\), compulsada el 21/11/21.](http://www.cumbrejudicial.org/comision-de-se-</p>
</div>
<div data-bbox=)

(5) GUAHNON, Silvia V. “Caracteres y principios generales de los procesos de familia”, ob. cit., p. 472.

versa índole en distintos sujetos, el interés superior del niño, desde ya una pauta preeminente, como se dijera anteriormente, deberá ser aplicado de manera cuidadosa a fin de no socavar eventualmente, por ejemplo, la garantía del debido proceso, el derecho de defensa en juicio de otros sujetos, por caso, de sus progenitores, o, incluso, del mismo niño, máxime cuando el art. 75 inc. 22 de la Constitución Nacional, que incorpora y otorga jerarquía constitucional a diversos tratados de derechos humanos, expresamente prevé: “...No derogar artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos...”, tal como incluso ha sido puesto de resalto, recientemente y no sin cuestionamiento, por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Como se sostuvo anteriormente, no puede concebirse una aplicación mecánica del interés superior de NNA, con abstracción de las garantías y los derechos constitucionales que, en cada caso en concreto, pudieran tener otras personas afectadas por las decisiones dictadas en el caso.

No es suficiente enunciar, por escrito, los artículos previstos en los distintos instrumentos que se refieren al mejor interés

de NNA, sino que es necesario analizar la situación y contexto conforme ese interés.

IV. Socioafectividad y adopción

Una cuestión o tema que se considera importante mencionar en el presente comentario es el alcance que reviste el concepto de *socioafectividad* vinculado o relacionado con el instituto de la adopción.

Cuando se habla de “socioafectividad” se hace referencia a las relaciones familiares basadas en la voluntad y el deseo de las personas de mantener vínculos afectivos que trascienden lo meramente normativo (6).

El elemento socioafectivo tiene, sin duda, una importancia singular e impacta en el proceso de construcción de identidad de los individuos, en especial de NNA, que se encuentran en una determinada situación fáctica en la que se va desarrollando y entretrejiendo una particular historia vital.

La identidad filiatoria importa un derecho personalísimo que se constituye no solo por componentes estáticos en los que lo biológico tiene preeminencia importante, sino también por elementos dinámicos, conformado por todo ese bagaje vincular,

relacional, cultural, entre otros, en el que una persona se encuentra inmersa.

En ese aspecto dinámico de la identidad, que puede ser variable en el tiempo, es en donde juega en determinadas situaciones un papel preponderante la socioafectividad como edificante de sentido identitario de una persona; y si se constituyó legítimamente, requiere y demanda una especial protección.

La socioafectividad resulta ser una pieza clave en el entramado jurídico de la filiación, que posibilita la creación de una relación paterno/materno-filial más allá del componente biológico (7).

V. Cierre

En los procesos de familia, y en especial en los de adopción, es necesario analizar cada caso conforme los principios generales de derecho de familia, el derecho a la identidad y la socioafectividad; cuestiones que han sido valoradas en el caso objeto de comentario y dictado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación. Esta última tiene dicho que la magistratura debe pesar las consecuencias futuras de sus decisiones, sobre todo cuando las personas destinatarias son las infancias (8). Esta postura es reforzada con lo que el art. 706 inc. b) del

Código Civil y Comercial de la Nación dispone: “Los jueces ante los cuales tramitan estas causas deben ser especializados y contar con apoyo multidisciplinario”.

Comparto la decisión de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el fallo objeto del presente trabajo. Sin desconocer el compromiso y esfuerzo que realiza la progenitora, valora su comportamiento y, en resguardo del derecho a la identidad de la niña y en el superior interés de esta, se encomienda al juez de grado que, al momento de definir la situación familiar de la niña, evalúe si establecer una vinculación en el marco de un “triángulo adoptivo afectivo” constituye una alternativa posible para una mejor protección de los derechos, legítimos desde cada óptica, de las personas involucradas en el conflicto, en especial los del sujeto más vulnerable.

Volviendo al comienzo de este artículo: en los procesos de adopción no se busca ganadores ni vencidos; no se está en un proceso contencioso, sino en un proceso de familia en el que se pretende resolver lo mejor para quien será adoptado/a en función de su interés, evaluando el contexto de manera integral e interdisciplinaria.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3610/2021

(6) ARNANDO, D. - DÍAZ FRACCARO, P.A., “Nuevas Formas de familia a la luz del CCyCN”, en KEMELMAJER DE CARLUCCI, A. - HERRERA, M. - DURÁN, V., “Prácti-

cas de las relaciones de familia y sucesorias, a un lustro del CCyCN, Libro en homenaje a Nora Lloveras”, Rubinzal Culzoni, Buenos Aires, 2020, p. 52.

(7) TAVIP, GABRIEL E., “Adopción y socioafectividad: la fuerza del cariño, la contundencia de los hechos”, TR LALEY AR/DOC/62/2021

(8) CS, “M.D.H. c/ M.B.M.F”, 24/4/2008, Fallos 331:941.

Texto completo de fallo de p. 9

Buenos Aires, 7 de octubre de 2021

Considerando:

1º) Que la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, al admitir el recurso de inaplicabilidad de ley deducido por la madre de la niña M.L., revocó la decisión de la Sala III de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de San Isidro que había confirmado la declaración del estado de adoptabilidad de la infante, y ordenó que en la instancia de origen se llevara a cabo el proceso de revinculación con su progenitora indicado en el peritaje psicológico obrante a fs. 380.

Para así decidir, la corte local compartió los fundamentos del dictamen del señor Procurador General atinentes a la errónea valoración de las pautas legales que limitan la discrecionalidad judicial en la aplicación del principio rector del interés superior del niño, al tiempo que consideró que durante el trámite de la medida de abrigo, decretada a los siete días del nacimiento de la niña, no había existido actividad dirigida a preservar la comunicación con su madre, a pesar del reclamo sostenido de aquella para que se autorizaran visitas y del informe psicológico que recomendaba la revinculación en virtud del compromiso demostrado con el tratamiento.

Afirmó que las razones esgrimidas para admitir la declaración del estado de adoptabilidad —insuficiente evolución de la situación psíquica, social, laboral y habitacional— no sólo evidenciaban una errónea aplicación del derecho vigente, sino también un notorio desvío de la prueba producida, conteste en demostrar el “óptimo grado de cumplimiento” alcanzado por la progenitora respecto de las estrategias im-

plementadas y la ausencia de recursos estatales tendientes a brindar el apoyo necesario para revertir las condiciones exigidas por el tribunal para el ejercicio adecuado del rol materno.

A tal efecto, destacó que de los peritajes elaborados en esa instancia a fin de conocer la situación actual de la progenitora, se desprendían relevantes circunstancias que reforzaban la procedencia del recurso tales como: que la señora M. L. mantenía una relación de pareja estable; que sostenía un vínculo laboral informal con buen concepto en su desempeño; que era alumna regular y se encontraba finalizando el primer año de la secundaria; que estaba realizando un tratamiento psicoterapéutico de manera sostenida, demostrando capacidad para sobreponerse, y que, desde el punto de vista afectivo y emocional, se hallaba en condiciones de ejercer las funciones correspondientes al rol materno con una red de acompañamiento y supervisión, y con el compromiso de su pareja actual y de su hermana R., quienes mediaban como referentes efectivos y entorno continente.

2º) Que contra dicho pronunciamiento los guardadores de la niña dedujeron recurso extraordinario federal que fue concedido por encontrarse cuestionada la interpretación y aplicación de normas supranacionales (arts. 3, 12 y concordantes de la Convención sobre los Derechos del Niño; fs. 528/531).

3º) Que el remedio interpuesto resulta formalmente admisible en la medida en que los agravios planteados suscitan cuestión federal, dado que ponen en tela de juicio la inteligencia y el alcance de una norma de naturaleza federal, como es la contenida en el art. 3.1 de la Convención sobre los Derechos del Niño —el interés superior del niño— y la sentencia apelada es contraria al derecho que los recurren-

tes fundan en ella (art. 14, inc. 3º, ley 48; Fallos: 328:2870; 330:642; 335:1136 y 2307; 341:1733, entre otros). Asimismo, corresponde recordar que cuando se encuentra en debate la interpretación de una norma de tal naturaleza, la Corte Suprema no está limitada en su decisión por los argumentos de las partes o de la anterior instancia, sino que le incumbe realizar una declaratoria sobre el punto disputado (conf. Fallos: 342:584; 343:1434 y 344:1388, entre muchos otros).

4º) Que habida cuenta de que el principio del interés superior del niño no puede ser aprehendido ni entenderse satisfecho sino en la medida de las circunstancias particulares comprobadas en cada caso y dada la dinámica propia que revisten estos asuntos en los que se modifican los escenarios de manera constante, este Tribunal requirió al juzgado interviniente, como medida para mejor proveer, la realización de los siguientes informes a fin de contar con elementos de juicio actuales: i) psicológico y ambiental respecto de la niña M.; ii) ambiental, psicológico y psiquiátrico de su progenitora; iii) psicológico de los guardadores, y iv) de interacción familiar referido al grupo conviviente de la niña que reflejara la incidencia que podría tener la separación de aquellos. Tales medidas fueron realizadas y se encuentran agregadas a fs. 646/663.

5º) Que es un principio inveterado en la jurisprudencia de esta Corte Suprema que sus sentencias deben adecuarse a las circunstancias existentes al momento en que se dictan, aunque ellas resulten sobrevinientes a la interposición del recurso extraordinario (confr. Fallos: 269:31; 308:1087; 316:1824; 317:704; 321:865; 344:1149, entre muchos otros), máxime cuando —como sucede en autos— no es posible prescindir de ellas a fin de adoptar una decisión que atienda de manera primordial al interés superior de la niña

M. La configuración de ese “interés superior” exige examinar las particularidades del asunto y privilegiar, frente a las alternativas posibles de solución, aquella que contemple —en su máxima extensión— la situación real de la infante.

6º) Que a la luz de dichas premisas, cabe mencionar que de los informes psicológicos y socioambientales efectuados respecto de la niña M.L., de sus guardadores preadoptivos y de su progenitora, surgen conclusiones categóricas que permiten apreciar las posiciones adoptadas por cada una de las partes y el escenario actual en que se encuentran. En efecto, de tales observaciones surge que:

a- La niña M. está integrada al dispositivo familiar del matrimonio guardador con lazos afectivos profundos, firmes y genuinos, lo que promueve su sano desarrollo psíquico y emocional, y garantiza su bienestar en las múltiples esferas de la vida. Ha adoptado como sus padres a aquellos, quienes además poseen una personalidad reflexiva, con una aguda mirada social, carente de prejuicios con relación a la progenitora a quien comprenden. Resulta necesario no modificar la cotidianidad ni el modo de vida de la pequeña como tampoco sus referentes de cuidado y atención, por lo que sería desfavorable y nocivo para el desarrollo social y afectivo de la infante disolver el vínculo de unión y de contención construido hace ya 3 años.

b- La progenitora muestra un interés genuino en recuperar a su hija M., aunque reconoce que hay otras posibilidades y pondera entonces verla, al menos alguna vez, sin perjuicio de admitir que si la niña no quiere estar con ella lo aceptaría. Se encuentra más reflexiva e implicada en su rol de madre —tiene otra hija pequeña— pero aún deja entrever impulsividad e inestabilidad. Posee una red de contención pobre, que podría desarmarse y exponerla a un

estado de vulnerabilidad psíquica y social, y se la nota más consciente del daño que podría traer aparejado dar marcha atrás en el proceso de guarda del matrimonio con su hija M.

c- Al presente, la posibilidad de iniciar una vinculación con su madre biológica —a quien la niña no conoce ni reconoce como tal— sería contraproducente para la salud emocional de la infante en virtud de los lazos establecidos con la familia guardadora, dado que por el momento evolutivo que atraviesa son fundamentales las bases sólidas, firmes y claras en sus vínculos de apego para el armado de su autoafirmación (conf. fs. 646/663).

7º) Que esta Corte Suprema ha enfatizado firmemente sobre la necesidad de resolver los asuntos que atañen a los infantes a la luz del principio del interés superior del niño, en tanto sujetos de tutela preferente. En ese contexto, ha señalado que la consideración del referido interés superior debe orientar y condicionar toda decisión de los tribunales llamados al juzgamiento de los casos que los involucran, incluido este Tribunal, y en reiteradas ocasiones ha destacado que ante un conflicto de intereses de igual rango, el interés moral y material de los niños debe tener prioridad, aun frente al de sus progenitores (conf. doctrina de Fallos: 328:2870; 331:2047 y 2691; 341:1733).

Dicho principio encuentra consagración constitucional en la Convención sobre los Derechos del Niño e infraconstitucional en los arts. 3º de la ley 26.061 de Protección Integral de los Derechos de Niñas, Niños y Adolescentes y 4º de la ley provincial 13.298, y en el art. 706, inc. c, del Código Civil y Comercial de la Nación. En tanto pauta de ponderación para decidir el conflicto, su implementación exige analizar sistemáticamente cómo los derechos del niño se ven o se verán afectados por las decisiones del tribunal, adoptándose aquella que resulte más beneficiosa para el sujeto que requiere de una especial protección (conf. Fallos: 328:2870; 330:642; 331:147; 333:1376).

8º) Que a la luz de tales pautas, la resolución del tribunal local de dejar sin efecto la declaración del estado de adoptabilidad y ordenar un proceso de revinculación con la progenitora, importó un examen parcial del asunto, realizado solo desde la perspectiva de uno de los sujetos involucrados, sin ponderar la situación real de la niña ni las consecuencias que podrían derivarse para esta última de la decisión adoptada.

A los efectos de ordenar una medida de esa naturaleza con la finalidad última de lograr la restitución de la infante a su familia de origen, la suprema corte provincial

solo requirió un informe vinculado con la situación en la que se encontraba la progenitora pese a que esa única información lucía insuficiente a tal efecto. Ello así pues lo que en definitiva se estaba evaluando era la consecuente modificación del entorno familiar o de contención de la niña M.L.

Una decisión de esa envergadura debió necesariamente haber sido fruto de un examen que diera cuenta de la conveniencia de tal medida para la niña en el contexto de su realidad actual, con el fin de hacer efectivo su interés superior. En dicho análisis debieron haberse ponderado necesaria y complementariamente dos factores. Por un lado, el posible riesgo de provocar un daño psíquico y emocional a la niña al modificar su actual emplazamiento —aspecto totalmente soslayado en la decisión recurrida—, y por el otro, la aptitud que resultaba exigible a su progenitora para minimizar ese posible o eventual riesgo.

9º) Que en efecto, todas las alternativas disponibles para arribar a un pronunciamiento que ponga fin a un conflicto como el presente, deben ser evaluadas a la luz de privilegiar la situación real del sujeto más vulnerable, no debiendo ello ser desplazado por los intereses de los progenitores y/o de aquellos que ejercen la guarda preadoptiva por más legítimos que resulten. De lo que se trata es de alcanzar la máxima certidumbre respecto del modo como mejor se satisface el interés superior de la niña.

En consecuencia, resulta evidente que en el caso no se ha considerado dicho interés superior. Al sustentar su decisión solo en la conducta de la progenitora con posterioridad a la adopción de la medida de abrigo, la suprema corte local ha omitido toda valoración tanto de las circunstancias que unieron a la niña con sus guardadores preadoptivos, como de la incidencia que podría tener en su vida una vinculación con su progenitora y la ulterior modificación del entorno sociofamiliar en el que se encontraba inserta desde temprana edad.

10) Que aun cuando lo hasta aquí expresado conllevaría a descalificar la sentencia de la suprema corte local, atento a los intereses en juego y a fin de no dilatar la definición de la situación de la niña y su derecho a crecer en el seno de una familia, corresponde que este Tribunal decida el asunto a la luz de las circunstancias actuales.

Un detenido examen de las particularidades del caso, ponderado a partir del deber inexcusable de los jueces de garantizar a los infantes situaciones de equilibrio a través del mantenimiento de escenarios que aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos o espacios de incertidumbre cuyas consecuencias resultan

impredecibles (confr. doctrina de Fallos: 328:2870), conduce a mantener la declaración de adoptabilidad decretada en el caso en tanto luce como la solución más respetuosa del interés superior de la niña M.

Ello es así, pues:

I.- la niña, luego de haber transcurrido un período de institucionalización de nueve meses, como consecuencia de hechos que le fueron ajenos, convive desde hace más de tres años con los guardadores a quienes reconoce como sus progenitores y con quienes ha entablado lazos de apego seguros que le han posibilitado desplegar sus potencialidades y desarrollarse sana psíquica y emocionalmente;

II.- el matrimonio guardador se encuentra inscripto en el Registro Único de Aspirantes a Guarda con fines Adoptivos (RUAGA) desde el 17 de junio de 2010 y que, evaluadas sus condiciones personales para implicarse en el proceso de cuidado y desarrollo de la infante, el 15 de febrero de 2018 les fue otorgada su guarda con fines de adopción (según actuaciones que obran agregadas en formato digital);

III.- los recientes informes especializados en la materia emitidos en el caso son contestes en desaconsejar la disolución del vínculo afectivo construido con el matrimonio guardador en razón de los perjuicios que ello acarrearía para la niña, y

IV.- tales informes también dan cuenta del panorama de incertidumbre sobre la aptitud actual de la madre para asumir —de modo estable y continuo— la crianza de la niña y brindarle la contención necesaria para el desarrollo de una personalidad saludable, así como de la ausencia de una red familiar/social/comunitaria que colabore con ella y, por ende, de la posibilidad cierta de someter a la infante a una nueva situación de vulnerabilidad padeciendo otra desvinculación y otro desarraigo.

11) Que tales circunstancias se presentan como aspectos que, en su valoración conjunta y armónica a la luz de los principios que guían asuntos como el del subexamine, conducen a adoptar una decisión que no importe modificar el único ámbito sociofamiliar que la pequeña reconoce y acepta como propio, máxime cuando no se ha demostrado que su estadía en él generaría un trauma mayor al que se derivaría de un cambio de guarda.

Por otra parte, la solución propuesta no es ajena a la progenitora, quien pese a expresar su deseo de recuperar o volver a ver a su hija —siempre que ello no le cause un perjuicio—, ha comprendido el daño que podría conllevar el hecho de dar marcha

atrás en el proceso de guarda (conf. fs. 652 vta./653; 662 vta. y 663).

12) Que lo expresado no importa soslayar la trascendencia que tienen los denominados “lazos de sangre” y el ineludible derecho fundamental de la niña a su identidad, ni asignar algún tipo de preeminencia material a la familia a la que se le ha otorgado la guarda con fines de adopción respecto de la biológica cuando, justamente, el derecho vigente postula como principio la solución opuesta. Mucho menos estigmatizar a la progenitora por conductas pasadas, pues por el contrario se trata lisa y llanamente de considerar y hacer prevalecer, por sobre todos los intereses en juego, el del sujeto más vulnerable y necesitado de protección, a través del mantenimiento de situaciones de equilibrio que —como ya se dijo— aparecen como más estables, evitando así nuevos conflictos (conf. Fallos: 330:642; 331:147; 341:1733 y causa CSJ 834/2013 (49-G)/CSJ “G., M. B. s/ guarda”, sentencia del 4 de noviembre de 2014).

13) Que sin perjuicio de lo señalado, este Tribunal no puede desconocer la conducta adoptada por la progenitora durante el curso de la medida de abrigo, ni lo señalado en los informes acompañados en esta instancia en lo que respecta al mayor compromiso en su rol de madre y al ya referido deseo de ver a su hija, como también la postura del matrimonio guardador favorable a que la niña conozca oportunamente a su madre y a colaborar en ello siempre que se respete su salud psíquica (confr. fs. 650, 652 vta., 654/654 vta., 658 y 663).

Dichas consideraciones llevan a encomendar al juez de grado que, al momento de definir la situación familiar de la niña, evalúe si establecer una vinculación en el marco de un “triángulo adoptivo afectivo” —en la oportunidad, y en la medida y el modo que resulte beneficioso para aquella—, constituye una alternativa posible para una mejor protección de los derechos —legítimos desde cada óptica— de las personas involucradas en el conflicto, en especial los del sujeto más vulnerable.

Por ello, con el alcance que surge del presente pronunciamiento, se declara procedente el recurso extraordinario, se deja sin efecto la sentencia apelada y, en uso de la facultad prevista en el art. 16 de la ley 48, se mantiene la declaración de adoptabilidad de la niña M. y se hace saber al juez de grado lo dispuesto en el considerando 13. Costas en el orden causado en atención al tema debatido en autos (art. 68, segundo párrafo, del Código Procesal Civil y Comercial de la Nación). Notifíquese y remítanse los autos. — *Horacio Rosatti*. — *Carlos F. Rosenkrantz*. — *Juan Carlos Maqueda*. — *Elena I. Highton de Nolasco*. — *Ricardo L. Lorenzetti*.

Director Editorial: Fulvio G. Santarelli
Jefa de Redacción: Yamila Cagliero

Editores:

Nicolás R. Acerbi Valderrama
Florencia Candia

Elia Reátegui Hehn
Marlene Slattery

PROPIEDAD DE LA LEY S.A.E. e I.

Administración, Comercialización y Redacción:
Tucumán 1471 (C. P. 1050 AAC)
Bs. As. República Argentina
Impreso en La Ley, Rivadavia 130, Avellaneda,
Provincia de Buenos Aires.



Thomsonreuterslaley



TRLaLey



linkedin.com/showcase/thomson-reuters-argentina-legal/



thomsonreuters.com.ar/es/soluciones-legales/blog-legal.html



Centro de atención al cliente:

0810-266-4444

Nota a fallo

Extinción de la acción penal

Plazo razonable de duración del proceso penal. Cuestión de fondo. Facultades exclusivas del Poder Legislativo nacional.

1. - Corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 282, Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut, toda vez que invade atribuciones exclusivas de la Nación ejercidas en los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal.
2. - Dado que el remedio para la violación del derecho al plazo razonable de duración del proceso es la extinción de la acción penal (la que, de acuerdo con la jurisprudencia de la Corte Suprema, debe declararse a través de la prescripción), ello no puede seguirse de una norma provincial (del voto del Dr. Rosenkrantz).
3. - El legislador provincial, al establecer el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut, cuya validez se cuestiona, persiguió reglamentar el derecho constitucional a ser juzgado en un plazo razonable, pero las legislaturas locales no pueden, bajo el pretexto de hacer efectiva una garantía constitucional, eludir la distribución de competencias fijada

en la propia Constitución Nacional (del voto del Dr. Rosenkrantz).

4. - Legislar sobre las causales de extinción de la acción penal es parte del derecho de fondo, materia que corresponde al Congreso de la Nación con carácter exclusivo, en razón de lo dispuesto por el art. 75, inc. 12, CN (del voto del Dr. Rosenkrantz).
5. - El art. 282, Cód. Proc. Penal del Chubut ha consagrado una solución normativa que apareja una drástica reducción de la vigencia temporal de la acción penal regulada en el Código de fondo, que ha tornado palmariamente inoperantes las disposiciones sustantivas allí contenidas y ha alterado, inválidamente, la armonía con que el legislador nacional combinó el derecho de la sociedad a defenderse contra el delito y el del individuo sometido al proceso, en forma que ninguno de ellos sea sacrificado en aras del otro. Por consiguiente, corresponde declarar la inconstitucionalidad de la norma en razón de su disconformidad con las normas de carácter nacional y de fondo establecidas en los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal (del voto de la Dra. Highton de Nolasco).
6. - La sentencia que sobreseyó a los imputados por haber excedido en la in-

vestigación preparatoria el plazo máximo autorizado por el art. 282, Cód. Proc. Penal del Chubut, escapa a los estándares, en cuanto sostiene que se puede reconocer simultáneamente la potestad exclusiva de la Nación para regular sobre los modos de extinción de la acción penal (arts. 59, 62 y 67) y la de una atribución local que, más allá de los fines que la guíen, crea un supuesto alternativo de extinción de la acción penal por el transcurso del tiempo (del voto del Dr. Maqueda).

7. - La lectura que se haga de las atribuciones de la provincia del Chubut para regular sobre la celeridad de los procesos judiciales y la de los arts. 59, 62 y 67 del Cód. Penal de la Nación deberán ceñirse a una interpretación respetuosa del federalismo. Ello no permite tergiversar las pautas constitucionales reconociendo la atribución exclusiva ejercida por el Congreso de la Nación en el Código Penal al determinar bajo qué supuestos se extingue una acción penal por el transcurso del tiempo y simultáneamente afirmar que ello puede convivir con un modo alternativo de extinción de la acción penal vinculado a esa causa emanado de una legislatura provincial (del voto del Dr. Maqueda).

8. - El art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut dispone un plazo "fatal" de solo seis meses —contados desde la realización de la audiencia de apertura de la investigación— para que el Fiscal presente la acusación que, en caso de ser superado, impone el sobreseimiento de los imputados. La fijación de un plazo de "caducidad" tan breve es irrazonable, porque sus consecuencias llevarán a la impunidad, contraria a los principios y valores de la Constitución Nacional y tratados internacionales. Este plazo restringe excesivamente la pretensión punitiva del Estado en orden a la persecución de los delitos de acción pública (del voto del Dr. Lorenzetti).

9. - De la circunstancia de que el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut cuestionado solo determine sobre la aplicación de la ley de fondo en el ámbito de la provincia, sin extenderse a casos de competencia federal (que se rigen por el Cód. Proc. Penal de la Nación ley 23.984 y, progresivamente, por el Cód. Proc. Penal Federal sancionado mediante la ley 27.063), no puede derivarse sin más que ello no redunde en una afectación de los intereses de la Nación producto de la irrazonable res-

Continúa en p. 2

Necesaria delimitación de conceptos y perfecta compatibilidad constitucional en el fallo "Price"

Sus efectos en la provincia de Tucumán



Isolina M. Apás Pérez de Nucci

Jueza del Colegio de Jueces, Centro Judicial Capital Tucumán.

Como toda sentencia casatoria y conforme su función nomofiláctica, una sentencia de la Corte nacional será obligatoria para los tribunales inferiores en la medida que las circunstancias y contexto de la decisión emitida, resulte semejante, extrapolable o equivalente a aquella que deba emitirse, en miras a dicho precedente.

En el caso concreto, de lo que se trata es de una decisión emitida por el cintero Tri-

bunal nacional, para ser aplicable respecto de un régimen procesal penal determinado —el de la provincia del Chubut— y a los fines de la revisión de una decisión concreta, emitida por la instancia anterior. Es decir, desde ese ángulo y con esas particularidades debe analizarse y meritarse el alcance del fallo de la Corte nacional, para recién considerar si a partir de su emisión se habrá de producir, o no, el temible impacto para el sistema, que se predica por parte un sector de la doctrina.



María Jimena Suárez

Vocal del tribunal de Impugnación, Centro Judicial Capital Tucumán.

Adelanto nuestra posición, en el sentido de una mirada más optimista y menos constreñida en torno al fallo en comentario.

En efecto, consideramos que salvo que la Corte local o algún tribunal emitiera un pronunciamiento en términos idénticos a los utilizados en el decisorio de fecha 05 de septiembre 2014 de la Corte de Chubut, no existe riesgo alguno que permita avizo-

rar que lo expresado por la Corte nacional, vaya a impactar en desmedro de la celeridad del proceso penal, o de los objetivos e ideales que cimientan el sistema adversarial recientemente inaugurado en la provincia.

Para llegar a una conclusión como la anterior debo partir de analizar cuál fue la decisión que tuvo que revisar la Corte nacio-

Continúa en p. 2

Nota a fallo

Fertilización asistida

Alta complejidad. Amparo de salud. Obras sociales. Cober-

tura del tratamiento. Número de intentos. Igualdad ante la ley. Derecho a la salud reproductiva. Inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 7964 de Salta. Disidencia. *CJ Salta, 26/07/2021. - M. I., J. N. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) s/ amparo - Recurso de apelación.* 4

[Derecho a la salud reproductiva y el acceso a las TRHA](#)
Sofía Laffitte - Héctor Nicolás Jacquet 4

Última instancia

12

Viene de p. 1

tricción en la aplicación de la ley penal sustantiva (del voto del Dr. Lorenzetti).

10. - Desde que, en el ordenamiento nacional, los tribunales locales son competentes para entender en materias en las que la Nación ha asumido, como signataria de diversos instrumentos multilaterales, compromisos cuyo incumplimiento —a raíz de una eventual extinción de la facultad del acusador público de impulsar la acción penal en virtud de

lo dispuesto en el art. 282 del Cód. Proc. Penal del Chubut— bien puede acarrear la responsabilidad internacional al Estado argentino (del voto del Dr. Lorenzetti).

11. - La imposibilidad de avanzar hacia el juzgamiento y eventual sanción de hechos de corrupción o de violencia contra la mujer como resultado de la “caducidad” de la facultad de acusar del fiscal, a consecuencia de lo establecido en el art. 282 del Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut, derivaría en el incumplimiento de los compromisos

internacionales asumidos por el Estado argentino en relación con dichas materias (del voto del Dr. Lorenzetti).

CS, 12/08/2021. - Price, Brian Alan y otros s/ homicidio simple.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/121685/2021]

Costas

Por su orden.

Control de constitucionalidad

Se declara la inconstitucionalidad del art. 282, Cód. Proc. Penal de la provincia del Chubut.

[El fallo *in extenso* puede consultarse en Atención al Cliente, <http://informacionlegal.com.ar> o en Proview]

Isolina M. Apás Pérez de Nucci - María Jimena Suárez

Viene de p. 1

nal, para recién pronunciarme en relación con el fallo propiamente dicho.

Así, el Superior Tribunal de Justicia de la provincia del Chubut declaró inadmisibles la impugnación extraordinaria deducida por el querellante contra la sentencia que sobreseyó a los imputados por haberse excedido el plazo previsto para un tribunal de la investigación penal preparatoria, en el art. 282 del Código de Procedimiento Penal local, cuya constitucionalidad expresamente sostuvo.

En tal sentido, la Corte provincial, incurrió en una delimitación conceptual particular, que fue la que motivó y circunscribió los términos de la decisión de la Corte nacional. Es decir, la Corte de la Nación debió revisar un fallo en el que se validada y confirmada una decisión de un tribunal anterior, por la que se disponía el sobreseimiento por extinción de la acción penal, pues al considerar vencidos los plazos de la investigación penal preparatoria, entendió transgredido el plazo razonable de dicha instancia procesal, a criterio de la reglamentación emitida por el legislador local.

Es así como la Corte de la Nación debió precisar que lo que las provincias no pueden hacer es crear causales extintivas de la acción penal, por fuera de las previsiones de la legislación de fondo, criterio que compartimos, dejando a salvo la facultad de reglamentar en orden a la caducidad de los procesos, como facultad no delegada. Así, en el considerando sexto del voto emitido en primer término, expresa: “Que esta Corte ha establecido que es facultad no delegada por las provincias al Gobierno nacional la de organizar su administración de justicia y, por ello, la tramitación de los juicios es de su incumbencia exclusiva”.

Lo que sucede es que, en la decisión emitida por el máximo tribunal de Chubut, lo que se advierte son nociones conceptuales entremezcladas, que dieron como resultado un fallo que debe ser circunscripto a los límites de lo decidido. En tal sentido, si se logra escindir, precisar y delimitar conceptos, podrá advertirse que el precedente de la Corte nacional no tiene el impacto que de él se predica (1).

Dicho en otros términos, consideramos que las causas de sobreseimiento reglamentadas por el legislador local, en nada resienten los ámbitos de competencia que son propios del congreso de la nación o de las legislaturas provinciales. Cada causal de sobreseimiento contemplada en nuestro art. 251 procesal tucumano, es perfectamente válida y constitucionalmente compatible, en la medida que la naturaleza jurídica que se le asigne no sea confundida.

En efecto, cuando el art. 251 reglamenta en el inciso 5 como causal de sobreseimiento la extinción de la acción penal refiere a circunstancias determinadas, que nada tienen que ver y no deben confundirse con el inciso 7, que con miras a los arts. 120 y 229, reglamentan sobre la duración máxima de la investigación penal o del proceso.

El asignar al fallo de la Corte nacional el impacto que se pretende, parte de un yerro conceptual, que es equiparar las causas de sobreseimiento y pretender ver en una causal de caducidad, una causal de extinción.

En tal sentido, corresponde hacer foco y detenernos en el considerando número cuarto del precedente “Price”, pues allí podrá advertirse los límites de lo resuelto. Expresa: “las provincias “no pueden alterar o modificar en forma alguna la ley de fondo, cualquiera sea el propósito de su legislación: en el caso en examen, evitar que se prolonguen los juicios penales... Esto no significa, por cierto, que ellas ca-

rezcan de potestades para legislar acerca de los procedimientos ante sus tribunales con el propósito de que tiendan a hacer efectiva la garantía de ser juzgado en un plazo razonable, sino simplemente que no están facultadas para hacerlo a través del mecanismo específico elegido por el poder legislativo provincial en este caso, que supone la extinción de la acción penal a través de un modo no previsto por el derecho de fondo”. La cursiva, por su relevancia, es propia.

Así pues, cuando la Corte de la provincia de Chubut refiere que al haber vencido el plazo de investigación penal preparatoria se lesiona la garantía de plazo razonable, se remite por definición doctrinaria y jurisprudencial (“Furlan vs. Argentina”, entre tantos otros) al concepto de extinción de la acción penal. Aun remitiendo al inciso de su norma de rito, que establece el sobreseimiento por vencimiento de plazo, incorpora en el razonamiento final y en la construcción de la sentencia a la que arriba, nociones que exceden de los límites de la norma que invoca, pues equipara —erradamente— el vencimiento del plazo a un supuesto de extinción, que es lo que generó la alarma de la Corte nacional, y la necesidad que el Címero Tribunal emitiera pronunciamiento, dejando claros los ámbitos de competencia.

En tal sentido, delimitó y resaltó la facultad de las provincias de reglamentar en orden a la caducidad de los procesos, pero enfatizó que un ámbito reservado a la nación es la determinación de las causales extintivas de la acción penal, por lo que revocó el fallo del Chubut, al entender que esa extinción sentenciada por su Corte provincial no era válida al exceder de los supuestos establecidos en la ley de fondo (2).

Como dije precedentemente, compartimos el criterio, pero de lo que se trata, una vez más, es de distinguir cuándo se sobresee por extinción y cuándo por caducidad,

de sus facultades propias al que concurre una regulación del Congreso federal, en cuyo caso el estándar de análisis exige adentrarse en la constatación de si media entre ambas normas una incompatibilidad intolerable, toda vez que allí la mera cohabitación de normas emanadas de diferentes autoridades no resulta fatal”.

(3) En el fallo que analizamos, la Corte advierte sobre la vinculación y cercanía entre los conceptos de prescripción y plazo razonable y tal sentido expresa: “En efecto, si bien los institutos analizados no son idénticos, ellos se encuentran estrechamente vinculados. En ese sentido, el Tribunal ha dicho que “la prescripción de la acción penal tiene una estrecha vinculación con el derecho del imputado a obtener un pronunciamiento que, definiendo su posición frente a la ley y a la sociedad, ponga término del modo más breve, a la situación de incertidumbre y de restricción de la libertad que comporta el enjuiciamiento penal, y que esto obedece además al imperativo de satisfacer una exigencia consustancial que es el respeto debido a la dignidad del hombre, el cual es el reconocimiento del derecho

que es lo que reglamentan los incisos 5 y 7 de nuestro art. 251, respectivamente.

Aparecen en el fallo en comentario conceptos que necesitan precisión para evitar su incorrecta equiparación, pues aun cuando su invocación superficial aparenta equivalentes sus alcances, son nociones diferentes, con efectos e implicancias también distintos.

La prescripción de la acción, la extinción por plazo razonable y la caducidad no pueden confundirse. Pueden presentarse todas las circunstancias referidas juntas en un proceso o puede darse cualquiera de ellas sin la otra.

En efecto, la prescripción de la acción únicamente operará conforme la aplicación que corresponde realizar del art. 59 del Cód. Penal, con miras a la escala penal del delito conminado en abstracto y los actos procesales que se hubieran desarrollado en un proceso determinado.

En relación con el plazo razonable, conforme estándares delimitados por la Corte Interamericana y criterio seguido por la Corte nacional, deberá considerarse la complejidad de la causa; la actividad desplegada por las partes y el impacto en los derechos del imputado que tiene el transcurso del tiempo. Claramente el plazo razonable puede vulnerarse cuando opere la prescripción de la acción penal, pero puede ocurrir antes, pues aun pensando el delito más aberrante que nuestra legislación contemple, puede la razonabilidad del plazo del proceso lacerarse mucho antes de que la acción se extinga por prescripción, por inoperancia de los órganos de acusación ante un caso en flagrancia y de fácil investigación, por ejemplo (3).

Ahora bien, a lo anterior agregó que, aun vigentes los plazos de prescripción de la acción penal, y aun siendo razonable la du-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) La delimitación conceptual que pretendemos resaltar surge del considerando 16: “Puntualmente señaló que “las leyes procesales cuando emplazan o conminan para la realización de cierto acto dentro de determinado tiempo, solo pueden sancionar el incumplimiento o la omisión por vía de la caducidad del derecho a cuyo ejercicio se insta (...) pero no decidir la pérdida de acciones propias de una materia distinta a la que conforma la sustanciación solemne y prolífica de los juicios”. La Corte entendió que en ese caso la provincia de Córdoba había excedido “los límites máximos del proceso en sí” al decidir que la inactividad de las partes conducía al “sobreseimiento por ‘extinción de la acción’ penal”- voto Dr. Maqueda. Justamente lo que ha hecho la Corte de Chubut, sobreseer por extinción de la acción, por vencimiento de plazo razonable, aun invocando el agotamiento de los límites temporales a la investigación penal preparatoria.

(2) Con idéntico sentido, en los considerandos 11 y 12 del Voto del Dr. Maqueda, puede leerse con el énfasis

necesario el criterio que sostenemos: “...este Tribunal ha señalado que el instituto de la prescripción en materia penal encuentra fundamento en el hecho social según el cual el transcurso del tiempo conlleva el ‘olvido y el desinterés del castigo’ (“Ponti”, Fallos: 292:103) y que las normas legislativas que lo regulan se fundan en “consideraciones relacionadas con la seguridad jurídica y la economía procesal” (“Guardia”, Fallos: 307:1466). Que, así definido el alcance de la atribución exclusiva del Congreso de la Nación para dictar el Código Penal y legislar en lo relativo a la extinción de la acción penal, queda sellado el estándar de análisis de validez aplicable a la norma provincial aquí impugnada. Es que cuando la materia regulada por la provincia se monta sobre aquellas facultades delegadas exclusivamente a la Nación, la consecuencia es directamente fulminante para la normativa local, pues allí la convicción competencial se convierte en sí misma en insostenible. Distinto es el estándar de análisis de validez aplicable cuando, a diferencia del presente caso, el aspecto regulado por la provincia corresponde al ejercicio

que tiene toda persona de liberarse del estado de sospecha que importa la acusación de haber cometido un delito” (Fallos: 342:2344 y sus citas). En virtud de su estrecha vinculación, la prescripción ha sido el mecanismo a través del cual esta Corte ha hecho efectiva la garantía del plazo razonable (Fallos: 300:1102; 312:2075; 323:982; 333:1987, entre otros), incluso si de acuerdo con los términos de la legislación ordinaria la prescripción no se hubiera producido (Fallos: 338:1538, entre otros) En definitiva, dado que el remedio para la violación del derecho en cuestión es la extinción de la acción penal (la que, de acuerdo a la jurisprudencia de esta Corte, debe declararse a través de la prescripción), ello no puede seguirse de una norma provincial”. Con idéntica claridad, en el voto del Dr. Lorenzetti puede leerse: “La circunstancia de que exista una estrecha relación entre la garantía del plazo razonable y el instituto de la prescripción no autoriza a derivar de ella la conclusión de que los tiempos previstos para la prescripción puedan ser utilizados sin más como baremo para determinar la “duración razonable del proceso penal”. Ello

ración del proceso, podrá haber operado la caducidad del plazo establecido por el legislador provincial, para que una causa sea investigada o un proceso concluido.

En efecto, la propia Corte nacional ha reconocido en el fallo que analizamos, que las provincias conservan facultad para reglamentar en relación con la caducidad y es lo que entendemos ha hecho nuestro legislador al establecer el inc. 7 del art. 251 en el Cód. Proc. Penal de Tucumán.

Si pretendiéramos ver en el inc. 7, de vencimiento de plazo de investigación o del proceso, una causal de extinción por agotamiento de plazo razonable, ningún sentido tendría la existencia de dicho inciso, pues habría bastado con la existencia del inc. 5 del art. 251. Es decir, si consideráramos —erróneamente— que el inc. 7 constituye la reglamentación procesal de la garantía convencional de plazo razonable, no tendría razón de ser su existencia, pues sería suficiente con sobreseer al imputado por aplicación del inciso que contempla expresamente esa causal extintiva.

Las causas de extinción en los términos del inc. 5 pueden ser prescripción, muerte o vencimiento del plazo razonable, mas no vencimiento de plazo de investigación o del proceso, que, además de tener su numeral específico, tiene una naturaleza jurídica diferente.

Entender cada ámbito conceptual evita equiparaciones erradas y el riesgo de ver inconstitucionalidades que no existen.

En ejercicio de sus competencias, el legislador provincial ha generado una causal específica de caducidad del trámite: de la investigación y del proceso, ante el vencimiento del plazo que reglamenta. Establecer caducidades tiene que ver con acotar costos, con imponer diligencias, con delimitar políticas criminales, ámbito que claramente es exclusivo de cada provincia.

Es decir, cuando el legislador local le impone al Ministerio Público Fiscal o al acusador privado un deber de diligencia, como es que investigue un hecho en un término determinado, lo que hace es establecer políticas públicas de persecución e impulso de la acción penal. Les advierte de los tiempos con los que cuentan, les advierte que sus recursos no son ilimitados, les advierte de los costos que implica mantener un proceso abierto, indefinida e innecesariamente (4).

Cuando le impone un deber de celeridad especial, exigiéndole que procure investigar una causa, como regla, en seis meses, lo que se hace es conminar a un obrar expedito y diligente. Nuestro legislador no consiente que la investigación pueda extenderse tanto como habilite la prescripción o el plazo razonable que pueda predicarse de determinada causa, sino que pretende tener un órgano acusador, que desde inicio de una investigación sepa que la política criminal que se ha impuesto en su cabeza, pretende a su respecto una investigación rápida, pues de lo contrario se le agotarán las posibi-

lidades procesales de continuar en contra de la persona sindicada como presunta autora de un hecho presuntamente penal, pues habrá hecho un uso indebido de los recursos del estado y de las facultades que se le han asignado y confiado, en el caso del Ministerio Público fiscal.

A su vez, hay quienes pretenden ver que los efectos del sobreseimiento por extinción y por caducidad son los mismos, con lo cual, aun cuando varíe el nombre, por ser idénticas las consecuencias que se derivan de cada una, su naturaleza jurídica sería la misma, aun cuando pretendan diferenciarse por el rótulo que se les asigne.

Disentimos palmariamente con tal tesis y pretensión. Otra vez más se asimilan con tal concepción nociones, y se arriba entonces a igual resultado, un error por equiparación.

Nada tiene que ver la extinción con la caducidad. La mera noción conceptual elemental denota y pone de resalto la diferencia, que quienes somos técnicos del derecho que nos ocupa no podemos solapar.

Lo que se extingue filosófica, jurídica o materialmente, deja de existir. Lo que caduca continúa existiendo, solo que a su respecto existe un obstáculo legal de procedibilidad.

No hay por qué equiparar aquello que la ley no equipara y que no hace, porque tiene efectos y naturaleza jurídica distintos.

Cuando algo se extingue, no existe posibilidad legal de proceder a su respecto, *porque no existe*, pero cuando ha caducado, *pese a su existencia*, el legislador ha decidido que no pueda procederse imponiendo un valladar legal, que impide que la acción pueda continuarse. En el ámbito civil, no podrá continuarse en el mismo proceso, pero podrá iniciarse otro diferente en la medida que la acción no haya prescripto.

En el fuero penal, ello no resultará posible, pero lo será por aplicación de principios constitucionales que obstarán al ejercicio de la acción, luego que se hayan cumplido los términos que el legislador local ha impuesto, aun con conocimiento de esos principios constitucionales. En tal sentido, la garantía de *non bis in idem* se erige como un obstáculo a una nueva persecución por idéntica causa, pero será algo que deberá merituar el titular de la acción penal, al momento de iniciar una causa en contra de una persona, para evitar que tenga que cargar con un sobreseimiento por ineficiente uso de los recursos del estado.

Enfatizando la línea argumental del presente comentario, corresponde construir una elemental definición de sobreseimiento. Por tal puede entenderse, la resolución judicial que pone término total o parcial al proceso por causas legales que impiden su continuidad y posterior apertura respecto a los mismos hechos.

De la definición anterior surge claramente que el sobreseimiento podrá pro-

nunciarse remitiendo a las causales que el legislador local ha previsto, entre las que se encuentra la extinción.

Pretender equiparar el sobreseimiento a extinción de la acción penal, implicaría derivar de tal razonamiento la inconstitucionalidad de las restantes causales de sobreseimiento contempladas en el art. 251 del Código tucumano. Es decir, por fuera de las previsiones de la legislación de fondo referente a la extinción de la acción penal, no podría el legislador local reglamentar, por ejemplo, el sobreseimiento por duda razonable o porque el imputado no sea autor del hecho, pues esas, lejos están de ser causales que se sustenten en la extinción de la acción penal, no obstante lo cual, implican al igual que el sobreseimiento por extinción, el reconocimiento de un estado jurídico de improcedibilidad en contra de un imputado, por la misma causa que hubiera motivado el pronunciamiento.

La sentencia de sobreseimiento podrá reconocer y sustentarse en causales diferentes, entre ellas la extinción, pero no por ello la sentencia es en sí la extinción de la acción penal. Es solo un pronunciamiento que reconoce un estado, basado en causales distintas, una de las cuales es la extinción, otra la caducidad.

Tal como dijéramos, no reconocer esa diferencia implicaría invalidar la facultad provincial de contemplar causales de sobreseimiento por fuera de la extinción reglamentada en el art. 59 del Cód. Penal y no es esa conclusión la que debe extraerse de la lectura del fallo en análisis, ni tampoco a nadie se le ocurre decir, que se transgrede límite constitucional alguno con las causales contempladas en los incisos 1, 2, 3, 4, 6 del art. 251 procesal local.

Finalmente, corresponde nos detengamos en el voto emitido por el Dr. Lorenzetti, quien, si bien adhiere al resultado final de revocación del fallo de la Corte de Chubut y a la declaración de inconstitucionalidad, lo hace con fundamentos distintos a los de los restantes vocales que integran el Supremo Tribunal.

En tal sentido, en el voto referido, la inconstitucionalidad no se deriva de la imposibilidad que las provincias establezcan términos a las investigaciones penales o a los procesos, pues asimila esa facultad a un criterio de oportunidad, y como tal, a una causal extintiva contemplada por la legislación de fondo (art. 59, inc. 5, Cód. Penal). La inconstitucionalidad, luego de hacer un análisis referente a los criterios y formas de interpretar las leyes, la deriva de la irrazonabilidad del término de seis meses previsto en la legislación procesal del Chubut.

Sostiene Lorenzetti: “La fijación de un plazo de ‘caducidad’ tan breve es irrazonable porque sus consecuencias llevarán a la impunidad, contraria a los principios y valores de la Constitución nacional y tratados internacionales.

“Este plazo restringe excesivamente la pretensión punitiva del Estado en orden a la persecución de los delitos de acción pública.

fondo en sus respectivas jurisdicciones y que el criterio, oportunidad y acierto con que las ejercen son irrevocables, salvo el que corresponda efectuar en ese marco del control de constitucionalidad destinado a resguardar la supremacía de la Constitución Nacional y de las leyes que en su consecuencia dicte el Congreso”.

(5) Así lo expresa la Corte nacional: “es preciso tener presente la inveterada doctrina de esta Corte Suprema que establece que la declaración judicial de inconstitucionalidad del texto de una disposición legal -o de su aplicación concreta a un caso- es un acto de suma

“En este orden de ideas, vale señalar que de la circunstancia de que la norma cuestionada solo determine sobre la aplicación de la ley de fondo en el ámbito de la provincia del Chubut, sin extenderse a casos de competencia federal (que se rigen por el Código Procesal Penal de la Nación ley 23.984 y, progresivamente, por el Código Procesal Penal Federal sancionado mediante la ley 27.063), no puede derivarse sin más que ello no redunde en una afectación de los intereses de la Nación producto de la irrazonable restricción en la aplicación de la ley penal sustantiva. Ello así, desde que, en el ordenamiento nacional, los tribunales locales son competentes para entender en materias en las que la Nación ha asumido, como signataria de diversos instrumentos multilaterales, compromisos cuyo incumplimiento —a raíz de una eventual extinción de la facultad del acusador público de impulsar la acción penal en virtud de lo dispuesto en el art. 282 del Cód. Proc. Penal de Chubut— bien puede acarrear la responsabilidad internacional al Estado Argentino” (Considerando 16).

Aparece entonces la objeción de irrazonabilidad como único escollo a saltar para salvar la constitucionalidad del art. 229 de nuestro digesto de forma de la provincia de Tucumán, en correlación con el art. 251, inc. 7 local.

Recordemos que la inconstitucionalidad es la última y excepcionalísima posibilidad a la que puede arribarse y solo ante la incompatibilidad de una norma con el texto constitucional (5).

En ese espíritu y compartiendo con el voto en análisis, que un plazo de seis meses, sin más, resultaría incompatible con los objetivos del sistema y los compromisos asumidos por el estado nacional, es que corresponde interpretar de manera armónica las normas referidas, con esos objetivos.

En efecto, el art. 229 procesal tucumano preceptúa: “Duración. La etapa preparatoria tendrá una duración máxima de seis [6] meses desde la audiencia de formalización de la investigación. Transcurrido ese plazo será de aplicación el art. 251, inciso 7), si no hubiere mérito para formular requerimiento de apertura a juicio o la prórroga de la etapa preparatoria.

“El Fiscal o el querellante podrán solicitar una prórroga de la etapa preparatoria cuando la pluralidad de víctimas o imputados, o las dificultades de la investigación hagan insuficiente el plazo.

“El Juez motivadamente fijará prudencialmente el plazo de prórroga, que no podrá exceder de cuatro [4] meses. Cuando un acto concreto de investigación tampoco pueda cumplirse dentro de este último término, se podrá solicitar al Juez una nueva prórroga que no excederá de cuatro [4] meses. Transcurrido el mismo, se sobreseerá, excepto oposición fundada de la querrela cuando las demoras no le sean atribuibles, en cuyo caso el Juez podrá fijar un plazo excepcional que en ningún caso excederá de cuatro

así, por cuanto la citada garantía puede infringirse aun cuando el delito puntual que se investiga no se encuentre prescripto (cfr. Fallos: 323:982 “Amadeo de Roth”, y “Espíndola, Juan Gabriel”, Fallos: 342:584, entre otros) mientras que, a la inversa, la prescripción puede operar en el marco de un proceso llevado adelante con una celeridad notable. Es preciso concluir, entonces, que se trata de supuestos diferentes, puesto que en un caso lo que está en juego es el tiempo que tiene el titular de la acción para comenzar a ejercer la persecución penal y en el otro, la diligencia con la que se lleva adelante una

persecución ya iniciada. Una diferencia adicional entre ambos institutos reside en que la duración razonable de los procedimientos, en principio, no tiene relación directa con la gravedad de los delitos que constituyen el objeto del proceso, vínculo que sí es un elemento central de la prescripción” - considerando 13.

(4) Al respecto, el séptimo considerando del voto de la Dra. Highton de Nolasco enfatiza: “Que, de este modo, resulta indiscutible que las provincias se encuentran facultadas para dictar los códigos de procedimiento con los que hacen aplicación de las leyes de

gravedad institucional que debe ser considerado como ultima ratio del orden jurídico, por lo que no cabe efectuarla sino cuando la repugnancia del precepto con la cláusula constitucional invocada sea manifiesta, requiriendo de manera inexcusable un sólido desarrollo argumental y la demostración de un agravio determinado y específico (Fallos: 249:51; 299:291; 335:2333; 338:1444, 1504; 339:323, 1277; 340:669.- considerando 7mo, voto Dr. Lorenzetti.

[4] meses". (Modificado por ley 9170 - BO: 17/04/2019 - Sustituido por ley 9285 (BO: 14/08/2020).

De la lectura anterior lo que se advierte es un plazo de investigación penal preparatoria, *total*, absolutamente compatible con principios de razonabilidad. Nuestro legislador prevé un plazo de 18 meses de investigación penal preparatoria, no de seis, pues de seis solo lo será en el caso que no sea necesaria prórroga o que no haya mé-

rito para requerir la elevación de la causa a juicio.

Dicho en otras palabras y leída la norma en sentido positivo, siempre que haya mérito para requerir o la elevación a juicio, o la prórroga de la investigación, el plazo de esta no será de 6 meses, sino de hasta 18 meses, que es el cómputo total resultante de la suma de todos los términos intermedios que pueden prorrogarse.

por los instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales citados a lo largo del presente.

4. - La ley 7964 de Salta atenta también contra la posibilidad de los habitantes de la provincia y los afiliados del IPS de acceder a nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia, toda vez que aquellos que hayan consumido las tres prácticas permitidas bajo un determinado tratamiento médico, no podrían acceder a una nueva chance con una técnica basada en tecnología que no se encontraba disponible cuando agotó sus intentos, mientras que en el resto del país, o los afiliados de cualquier otra obra social privada, podrán beneficiarse de los avances de la medicina.
5. - La limitación de intentos de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad generará un efecto discriminatorio en función de la situación económica de los afectados, toda vez que solo quienes cuenten con los recursos necesarios para trasladarse a otra provincia o para afrontar el costo de una entidad de medicina prepaga tendrán la posibilidad de acceder a un tratamiento médico de avanzada.
6. - Por tratarse de un derecho humano, el derecho a la salud reproductiva debe ser analizado de acuerdo con el principio *pro homine* que determina que el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y, por el contrario, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.
7. - Resulta errónea la afirmación de la jueza en cuanto a que el rechazo por

Así las cosas, es posible concluir una absoluta compatibilidad entre nuestro digesto de fondo con el fallo en análisis, sin poder predicarse tensión constitucional alguna que amerite la revisión de las normas locales, ni tampoco una potencial lesión a los objetivos que impulsaron la implementación del sistema adversarial en el ámbito local, pues, ni el plazo para investigar aparece irrazonable por exiguo, ni se legisla invadiendo competencias delegadas, por el contrario, con términos que permiten

una profusa investigación de los hechos presuntamente penales, el legislador ha reglamentado una política criminal encaminada a una persecución penal eficiente, instando a sus titulares a hacer un uso adecuado de los recursos que se le asignan, estableciendo para ellos la amenaza de sobreseimiento por caducidad, ante el incumplimiento de las facultades confiadas.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3177/2021

Fertilización asistida

Alta complejidad. Amparo de salud. Obras sociales. Cobertura del tratamiento. Número de intentos. Igualdad ante la ley. Derecho a la salud reproductiva. Inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 7964 de Salta. Disidencia.

1. - La postura que adopta la ley 7964 de Salta —al limitar a tres en total el número de intentos de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad— trasunta una restricción injustificada a derechos humanos garantizados, como son la salud reproductiva, la vida privada y familiar —art. 11, CADH—, a la maternidad y a conformar una familia —art. 17, CADH—, a la igualdad y a no ser discriminado —art. 24, CADH—, a la vez que desnaturaliza la finalidad de proporcionar y garantizar un acceso integral a las técnicas de fertilización asistida que propicia la propia ley 7964 [1].
2. - La ley 7964 de Salta consagra una desigualdad de trato para los ciudadanos de esta provincia respecto de los habitantes de las demás jurisdicciones del país, en tanto aquellos solo podrán acceder a tres tratamientos de alta complejidad de por vida en los establecimientos de salud públicos, mientras que estos tendrían derecho a tres intentos por año en iguales condiciones.
3. - El distinto tratamiento al que se arriba con la aplicación de ley 7964 de Salta reconoce como única causa la calidad de habitante de esta provincia o el carácter de afiliado del Instituto Provincial de la Salud de Salta, no existiendo motivos razonables que justifiquen la disparidad de realidades, lo cual configura una situación discriminatoria que vulnera el principio de igualdad tutelado

el IPS significó una aplicación retroactiva de la ley provincial. Ello es así porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación dispuesta por la ley 7964 de Salta y al fundar en ella su denegatoria, la obra social no hizo más que aplicar aquella de manera inmediata, considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad (del voto del Dr. López Viñals).

8. - El derecho a formar una familia también está constitucionalmente reconocido, conceptualizado como uno de los derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana, del que emerge el deber del Estado de proveer medidas positivas conducentes para garantizar el derecho a la salud reproductiva y el inescindible derecho a formar una familia (del voto del Dr. López Viñals).
9. - Atento que el Instituto Provincial de Salud de Salta brindó a la actora la cobertura de los tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que prescribe el art. 9º de la ley 7964 de Salta, la sentencia que impone nuevos intentos de FIV a cargo del demandado resulta arbitraria (del voto en disidencia de los Dres. Ovejero Cornejo, Samsón y Catalano).
10. - La Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud y su estrecha vinculación con el derecho a la vida y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, establece que no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente a fin de asegurar el bienestar general, con la

única condición de no ser alterados en su sustancia (del voto en disidencia de los Dres. Ovejero Cornejo, Samsón y Catalano).

CJ Salta, 26/07/2021. - M. I., J. N. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) s/ amparo - Recurso de apelación.

[Cita on line: TR LALEY AR/JUR/139924/2021]

Jurisprudencia vinculada

[1] En pleno: la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en "G., C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud", 28/08/2018, TR LALEY AR/JUR/47055/2018, sostuvo que el límite a que alude el art. 8º del dec. 956/2013 —reglamentario de la ley 26.862— en lo que respecta a la cobertura de los tratamientos de fertilización asistida con técnicas de alta complejidad, y que se encuentran determinados en número de tres para una persona, ha sido previsto de modo anual.

Costas

Se imponen en el orden causado.

Control de constitucionalidad

Se declara la inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 7964 de Salta.

Véase el texto completo en p. 7

Derecho a la salud reproductiva y el acceso a las TRHA



Sofía Laffitte

Abogada graduada de la Universidad Nacional del Sur. Secretaria del Instituto de Derecho de la Salud, Colegio de Abogados, Bahía Blanca. Integrante Clínica Jurídica, Universidad Nacional del Sur. Miembro del Observatorio de Género, Universidad Nacional del Sur.



Héctor Nicolás Jacquet

Abogado graduado de la Universidad Nacional del Sur. Profesor universitario en Ciencias Jurídicas graduado de la Universidad Católica de La Plata.

SUMARIO: I. Introducción.— II. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.— III. El caso en cuestión.— IV. Fundamentos del fallo.— V. Palabras de cierre.

I. Introducción

En un reciente fallo, la Corte de Justicia de la provincia de Salta declaró la inconstitucionalidad del art. 9º de la ley provincial 7964 Técnicas de Reproducción Humana

Asistida, que regula el uso de las TRHA (1) por los efectores públicos.

En el mencionado artículo, se limitan los intentos de TRHA de alta complejidad que tendrían una cobertura integral por parte

de los efectores públicos de Salta a tres en total.

La Corte provincial sostuvo que el artículo en cuestión genera inequidad social al restringir de forma severa derechos funda-

mentales garantizados, y es contrario a la finalidad de la norma.

Analizaremos la importancia de dicho precedente, dada la relevancia del derecho a la salud reproductiva (2), del derecho a formar una familia (3) y del derecho a gozar del avance científico (4), consagrados internacionalmente; y las implicancias que dicha declaración acarrea. Así como también, la riqueza y claridad del fallo, por la recopilación de debates doctrinarios, juris-

Especial para La Ley. Derechos reservados (Ley 11.723)

(1) Técnica de Reproducción Humana Asistida, en adelante TRHA.

(2) SAMBRIZZI, Eduardo A., "Cuestionable interpre-

tación de los derechos a procrear, a la vida y a la salud", eIDial.com - DC12AB.

(3) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Artavia Murillo y otros (F.I.V) vs Costa Rica", eIDial.com - AA7C53.

com - AA7C53.

(4) Art. 27 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (París, 1948) y art. 15 apartado 1-b del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, So-

prudencia nacional e internacional y análisis de ley nacional (5) y provincial en torno a la cuestión.

II. Acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida

Previo al análisis del fallo en cuestión, cabe hacer una breve contextualización y mención a la ley nacional 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida y al fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación del año 2018 "Y., M. V. y otro vs. IOSE s/ amparo de salud" (Fallos, 341:929). Así como también, al fallo Artavia Murillo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

A raíz de lo estipulado en el decreto reglamentario (6) de la ley nacional, se generó un debate doctrinario y jurisprudencial en torno al límite de cobertura integral de tres TRHA de alta complejidad, la discusión se posaba sobre si ese límite era anual o total.

Jorge N. Lafferriere ha dicho que la ley y su decreto reglamentario (7) se centran en garantizar un acceso casi sin restricciones a estas técnicas y con amplia cobertura por parte del sistema de salud, tanto público como privado. Siguiendo esa línea, sostiene que el alcance antes mencionado plantea dudas y vacíos.

Sobre la cuestión, la Corte Suprema de Justicia de la Nación (8), interpretando que el espíritu de la ley es brindar una cobertura amplia, garantizar el derecho a la salud reproductiva, derecho a formar una familia y el derecho a gozar del avance científico, zanjó la cuestión estableciendo que el límite es anual.

Siguiendo el precedente antes mencionado, en un fallo del año 2019 de la provincia de Salta (9) se interpretó en igual sentido (en ese caso para otorgar la cobertura integral en una gestación por sustitución) la amplitud de cobertura que persigue la normativa nacional.

Es importante resaltar que los magistrados salteños trajeron al fallo analizado los argumentos de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo vs. Costa Rica" (10), en el cual se advirtió que la falta de cobertura de estos procedimientos médicos por parte del Estado genera discriminación por razones socioeconómicas, en tanto solo quienes puedan afrontar los costos económicos de estas prácticas podrán acceder y ver satisfechos sus derechos a formar una familia y a gozar de los avances de la ciencia. También se precisó que "los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos".

Gil Domínguez expresa que la sentencia Artavia Murillo "mediante el derecho viviente convencional configuró la estructura de la voluntad procreacional como derecho humano cuyo contenido iusfundamental se conforma con los contenidos derivados de los derechos humanos a la integridad personal, la libertad personal, la vida privada y familiar y el goce de los beneficios del progreso científico" (11).

En el fallo que aquí analizaremos, la Corte de Salta sostuvo que "el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el art. XIII de la Declaración Americana y en el art. 14.1.b) del Protocolo de San Salvador".

El reconocimiento de este derecho determina la contraprestación o deber estatal de garantizar, en igualdad de condiciones, el acceso a todos los medios científicos y tecnológicos tendientes a facilitar y favorecer la procreación (12).

III. El caso en cuestión

La actora había realizado tres intentos de TRHA con óvulos propios, precisamente en 2015, en 2016 y a comienzos de 2017.

En diciembre de 2017 solicitó al Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) que excepcionalmente autorice un cuarto tratamiento de fertilización asistida *in vitro* con ovodonación, tal cual fuera prescrito por su médico tratante.

Sin embargo, el IPS rechazó el pedido argumentando que la actora ya había recibido tres procedimientos de alta complejidad, y que de acuerdo con el art. 9º de la ley 7964, que había entrado en vigencia en diciembre de 2016, no correspondía tal cobertura.

Es así como la actora recurre a la justicia, interponiendo acción de amparo, a la que se hizo lugar en primera instancia condenándose al IPS a brindar a la parte demandante la cobertura total (100%) de la TRHA de alta complejidad con ovodonación, en el número de intentos necesarios para lograr un embarazo a término con el límite de los tres establecidos por ley, incluyendo honorarios del centro médico, medicación para donante y receptora y el costo de la obtención de los gametos.

La jueza *a quo* señaló que no deben computarse los procedimientos realizados por los amparistas con anterioridad a la entrada en vigencia de la ley en cuestión que limita a tres intentos de alta complejidad en total, en tanto que ello supone la aplicación retroactiva de la ley, y tal interpretación resulta arbitraria ya que no puede ser aplicada retroactivamente en detrimento del derecho a la salud de la actora.

Además, sostuvo que, si el caso exige más tratamientos que los indicados por la ley, estos deben ser cubiertos por la obra social, con fundamento en el fallo Delgado de la Corte Suprema de Salta (Tomo 204:865) (13).

Asimismo, la magistrada recordó que la Corte Suprema de Justicia de la Nación despejó toda duda sobre la cantidad de intentos de alta complejidad, al interpretar el Decreto 956/2013 reglamentario de la ley nacional 26.862 en los autos "Y., M. V. y otro vs. IOSE s/ amparo de salud" (Fallos, 341:929), determinando que son tres por año y no tres en total.

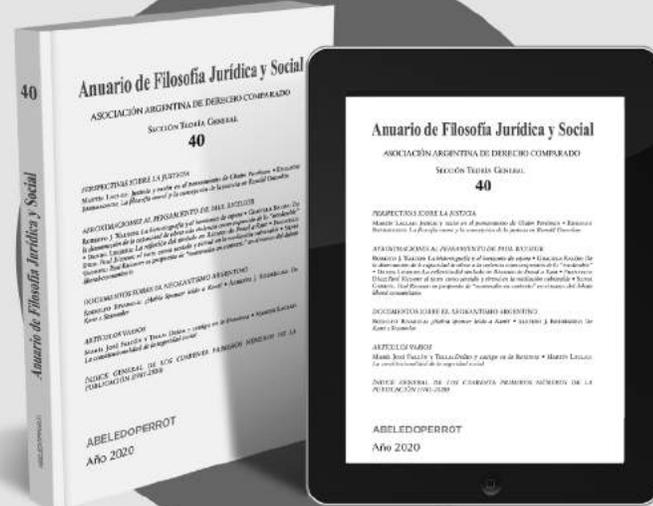
La demandada interpuso recurso de apelación. En su expresión de agravios, criticó el fallo anterior alegando que la jueza de primera instancia acudió al principio de

ABELEDOPERROT

Información confiable
que avala sus argumentos.

ASOCIACIÓN ARGENTINA
DE DERECHO COMPARADO
**ANUARIO DE FILOSOFÍA
JURÍDICA Y SOCIAL**
EDICIÓN NÚMERO 40
Martín Laclau

2021



1 Tomo
Disponible
en papel
y eBook.

Su primer número se editó en el año 1981 y la edición anual se ha mantenido de forma regular y continuada desde esa fecha hasta la actualidad por nuestro sello editorial, Abeledo Perrot.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra página
de **LinkedIn** con contenido
específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

irretroactividad de la ley 7.964 para ordenar una cobertura que ya había otorgado la obra social, y señaló que el IPS no atentó contra la posibilidad de que la actora realice el tratamiento en forma privada y a su costo.

En este punto, el Instituto Provincial de Salud concluyó que simplemente cumplió con la normativa que marca un límite que determina que el cuarto tratamiento solicitado no debe estar a cargo de la obra social, cuando ya cubrió tres con anterioridad.

En este sentido, también se agrava porque, con posterioridad al precedente "Delgado c. IPS" (Tomo 204:865) invocado en la sentencia recurrida, en la causa "A., M. L.; A., A. vs. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) - Amparo - Recurso de apelación" (Tomo 213:161), el Tribunal resolvió que con el dictado de la ley 7.964 la incertidumbre respecto al número de intentos ha

quedado definitivamente zanjada y que el límite es de tres en total.

Por otra parte, criticó el fallo por afectación al principio de congruencia alegando que la condena a la cobertura de tres intentos para las técnicas de alta complejidad en total no fue solicitada por la demandante ni tiene justificación médica.

Asimismo, agregó que la sentencia contraría el régimen de coseguros establecido en la ley 7127 y el Decreto 3402/2007, al obligar al IPS a reconocer el 100% de cobertura; y arguye que el art. 8º de la ley 26.862 en ningún caso hace referencia a que la cobertura deba ser total y que no está prevista en la norma regulatoria del IPS una cobertura ilimitada y sin restricciones del 100%.

Al rechazar la actora el recurso de apelación incoado por el IPS, se eleva la causa

ciales y Culturales.

(5) Ley 26.862 de acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida.

(6) Decreto reglamentario 956/2013.

(7) Decreto reglamentario 956/2013.

(8) "Y., M. V. y otro vs. IOSE s/ amparo de salud" (Fa-

llos, 341:929).

(9) "TC, EM; T, JI vs Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) / Amparo", expte. N° 657.460/2019, sala tercera, Salta, 06/11/2019.

(10) Corte Interamericana de Derechos Humanos, "Artavia Murillo y otros (F.I.V.) vs Costa Rica", *eIDial* com - AA7C53

(11) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, "La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico", *Ediar*, 2014, p. 39.

(12) FELDSTEIN DE CÁRDENAS, Sara L., "Reconocimiento de emplazamiento filial constituido en el extranjero en el Código Civil y Comercial de la Nación: una nueva mirada al orden público internacional a par-

tir de una reciente sentencia argentina", 29/03/2016 (*eIDial* DC20B4, p. 6)

(13) CS de Salta, "Delgado Marcela Beatriz c. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) - Amparo - Recurso de apelación", (Tomo 204:865).

para el tratamiento por parte de la Corte cuyos votos se desarrollan a continuación.

IV. Fundamentos del fallo

IV.1. Voto de los Dres. Sergio Fabián Vitar y Horacio José Aguilar y las Dras. Sandra Bonari, María Alejandra Gauffin y Adriana Rodríguez Faraldo

Voto de mayoría. Declara la inconstitucionalidad de la norma y rechaza el recurso de apelación.

IV.1.a. Reseña

El Máximo Tribunal salteño efectúa una interesante reseña del debate por la cantidad de TRHA de alta complejidad que poseen una cobertura total.

La Corte provincial menciona la sanción de la ley 7964, del año 2016, que regula el uso de TRHA por los efectores públicos. Advertiendo que dicha normativa zanjó la cuestión referida a la cantidad de intentos de alta complejidad, adoptando una postura restrictiva: “Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro [4] intentos por año. Para las técnicas de alta complejidad, hasta tres [3] tratamientos en total, con intervalos mínimos de tres [3] meses entre cada uno de ellos” (art. 9º de la ley 7964).

Los magistrados continúan su reseña y destacan que ley nacional es de orden público, por lo que es una norma irrenunciable e imperativa, en consecuencia, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional.

Por otra parte, recuerdan que la CSJN en IOSE (2018) resaltó que el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva tiene una íntima vinculación con el derecho a la vida. En el mismo sentido, el máximo tribunal nacional sostuvo que, al restringir a tres tratamientos en total, se desnaturaliza el derecho que la ley 26.862 consagra y tiene carácter fundamental. Por lo tanto, se observa que se efectúa una interpretación amplia de la norma, tomando la CSJN una postura amplia.

IV.1.b. Declaración de inconstitucionalidad. Derecho a la salud, a la igualdad y no discriminación, a gozar del avance de la ciencia y a formar una familia

La Corte analiza: “si la solución adoptada por el legislador local resulta compatible con el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los tratados internacionales, y los postulados de la ley nacional 26.862 a la luz de la exégesis efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación” (considerando 3º, voto mayoritario).

Sostienen que el derecho a salud reproductiva es un derecho humano, que se le debe aplicar el principio *pro homine*, es decir que dentro de lo que la norma brinda, se debe interpretar de manera amplia cuando se proteja en mayor medida a la persona humana y, restringida cuando se intente establecer límites a su ejercicio.

Siguiendo en ese sentido, afirman que la postura que adopta la normativa local “es una restricción injustificada a derechos humanos garantizados”, como el derecho a la salud reproductiva, la vida privada y familiar, a la maternidad y a conformar una familia, a la igualdad y a

no ser discriminado. Al mismo tiempo, desnaturaliza la finalidad de proporcionar y garantizar un acceso integral a las técnicas de fertilización asistida que tiene la ley 7964.

Asimismo, afirman que el artículo en cuestión afecta el derecho a la igualdad y no discriminación, consagrados constitucional e internacionalmente, toda vez que la ciudadanía de la provincia de Salta recibe un trato diferente a los habitantes del resto del país. En todo el país se puede acceder a tres tratamientos de alta complejidad anuales en establecimientos públicos y en la provincia de Salta los ciudadanos solo podrán acceder a tres tratamientos en total en las mismas condiciones.

En ese orden de ideas, se dice que “otro tanto ocurre a nivel provincial entre los afiliados forzosos del IPS, quienes tendrán la posibilidad de solicitar tres intentos en total, mientras que los que cuenten con otra obra social o puedan costear adicionalmente con los servicios de entidades de medicina prepaga, podrán acceder anualmente a tres prácticas de este tipo” (considerando 4º del voto mayoritario).

El Máximo Tribunal salteño sostiene que la diferencia que aquí se observa no obedece a ningún motivo debidamente justificado o razonable.

La Corte trae a colación el plenario emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal (14) en el que se analiza el art. 8º del decreto reglamentario nacional 956/13, y se señala que limitar a tres los tratamientos de alta complejidad “cuando el estado de la ciencia en este momento tiene un alto índice de fracasos, en las técnicas de fertilización asistida equivale a restringir el ejercicio de la voluntad procreacional (15) en un elevado número de casos y convertir, en múltiples supuestos, el objeto de la ley en una enfática enumeración programática vacía de operatividad” (considerando 5º del voto mayoritario).

Los magistrados afirman que “la solución brindada por el legislador local atenta también contra la posibilidad de los habitantes de la provincia y los afiliados del IPS de acceder a nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia, ya que aquellos que hayan realizado las tres prácticas permitidas bajo un determinado tratamiento médico, no podrían acceder a una nueva chance con una técnica basada en tecnología que no se encontraba disponible cuando agotó sus intentos, mientras que en el resto del país, o los afiliados de cualquier otra obra social privada, podrán beneficiarse de los avances de la medicina” (considerando 5º del voto mayoritario).

Advierten, que la restricción en el número de intentos también tiene un efecto discriminatorio debido al poder adquisitivo de los afectados, tal es así que “solo quienes cuenten con los recursos necesarios para trasladarse a otra provincia o para afrontar el costo de una entidad de medicina prepaga tendrán la posibilidad de acceder a un tratamiento médico de avanzada” (considerando 5º del voto mayoritario).

Conforme a lo antes mencionado, el voto mayoritario de la Corte verifica que la regulación efectuada a nivel local del derecho a la salud reproductiva es contraria al plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los Tratados Internacionales y la ley nacional 26.862 conforme la inter-

pretación amplia de la CSJN, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional, por lo que declara su inconstitucionalidad. A su vez, rechaza el recurso de apelación interpuesto por la demandada.

IV.2. Voto del Dr. Pablo López Viñals. En el mismo sentido

En su voto, el Dr. Viñals sostuvo que corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 9º de la ley 7964, rechazando así la apelación interpuesta por el IPS y ordenando la cobertura integral de la práctica de alta complejidad.

En este sentido, atento que radica una discrepancia en la cantidad de tratamientos de alta complejidad previstos entre la ley nacional y la ley provincial aplicable al IPS, el magistrado explica que la materia sobre la que versa el caso admite una potestad legislativa nacional y provincial, que se ejercen de manera conjunta y simultánea, pero ambas deben respetar las limitaciones de la Constitución Nacional y el bloque convencional con jerarquía suprallegal.

Así concluye que los derechos fundamentales en cuestión (a la salud, a formar una familia, y a la salud reproductiva) no son meras declaraciones, por lo que su restricción solo sería admisible si en el caso concreto existe un principio contrapuesto de “mayor peso”, y este no es el caso de autos.

Tal es así, que en el debate parlamentario que derivó en el dictado de la ley 7964, los argumentos para fijar la limitación de tres intentos en total eran de índole económica, no científica.

“Estas (razones) *a priori* y en abstracto no resultan suficientes para dejar sin salvaguarda el contenido esencial del derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar en juego en casos como el de autos. Por otra parte, tampoco se ajusta a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia” (considerando 14 del voto del Dr. Viñals).

Asimismo, se aleja de la sentencia de la jueza *a quo*, afirmando que resulta errónea la interpretación de la magistrada de instancia anterior, quien argumentó que el rechazo por el IPS significó una aplicación retroactiva de la ley provincial, porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación de la ley 7964.

Sostuvo entonces que la obra social, al denegar el tratamiento en base a dicha ley provincial, simplemente aplicó la norma de manera inmediata considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad y que por tanto había cumplido con la exigencia legal.

“Por ello, si a partir de diciembre de 2016 rige un límite legal de tres intentos, rechazar un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el IPS como lo hizo la jueza *a quo*” (considerando 2º del voto del Dr. Viñals).

IV.3. Voto de la Dra. Teresa Ovejero Cornejo y los Dres. Ernesto R. Samsón y Guillermo Alberto Catalano, en disidencia

Los magistrados Ovejero Cornejo, Samsón y Catalano no estuvieron de acuerdo con la solución a la que arribó la mayoría de la Corte, y votaron que correspondía hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por IPS, revocar la sentencia apelada, y

por tanto rechazar la acción de amparo deducida por la actora.

Consideraron que, si con posterioridad a la cobertura de tres tratamientos de alta complejidad rige un límite legal de tres intentos en total, “rechazar a partir de allí un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el IPS como lo hizo la jueza *a quo*”, y destacaron que la amparista era consciente de esa limitación legal al requerir el tratamiento en sede administrativa por vía de excepción.

Por otra parte, sostienen que sin desconocer que la salud reproductiva tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud, y que la plena operatividad de este derecho ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en “Artavia Murillo c. Costa Rica”, los magistrados disidentes resaltaron que “la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud y su estrecha vinculación con el derecho a la vida (Fallos, 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, establece que no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio” (considerando 3º del voto en disidencia).

La Dra. Ovejero Cornejo y los Dres. Samsón y Catalano recordaron que desde la sanción de la ley nacional 26.862 el número de tratamientos de fertilización de alta complejidad que deben cubrir las obras sociales ha sido motivo de debate y que la discusión oscilaba entre pronunciamientos que interpretaban que la ley autorizaba tres intentos anuales y otros que sostenían que debían ser tres en total.

“Entre esas posiciones, esta Corte había fijado doctrina mayoritaria, en el sentido de que el Instituto Provincial de Salud de Salta debía brindar la cobertura de hasta tres tratamientos de fertilización de alta complejidad, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos intentos, su procedencia se determinaría en base a los informes médicos pertinentes sobre la necesidad de efectuarlos y a la posibilidad de un resultado favorable que los justifique; sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le corresponde a la obra social (conf. esta Corte, Tomo 204:865; 209:341)” (considerando 4º del voto en disidencia).

Por último, el voto minoritario disidente considera que la sentencia recurrida resulta arbitraria atento a que el IPS brindó cobertura a la actora en tres intentos con anterioridad a la promulgación de la ley 7964. En tal sentido, se fundó en jurisprudencia anterior de la Corte de Justicia de Salta, precisamente en los autos “Á., M. L.; A., Á. vs. I. P. S.” en la que el Tribunal consideró que luego de la entrada en vigencia de la referida ley provincial el debate respecto a la cantidad de tratamientos que debe cubrir el IPS había quedado definitivamente cerrado, advirtiendo que la ley resulta suficientemente clara en los términos de la frecuencia de la intervención médica para la fertilización (Tomo 213:161).

V. Palabras de cierre

El fallo aquí analizado nos brinda una interesante oportunidad para repasar el debate nacional en torno a la cuestión puntal abordada, el límite de tres intentos para TRHA de alta complejidad.

Por otra parte, adquiere gran relevancia jurisprudencial en cuanto hace un rac-

(14) “G., C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud” (La Ley online: TR LA-LEY AR/JUR/47055/2018)

(15) GIL DOMÍNGUEZ, Andrés, “La voluntad procreacional como derecho y orden simbólico”, *Ediar*, 2014, p. 39.

conto de las diferentes opiniones que ha tenido el tribunal salteño hasta llegar a la decisión estudiada, que representa la interpretación más avanzada en la medida de la cobertura de este tipo de intervención médica. Además, destaca porque en sus votos (de mayoría y disidencias) puede vislumbrarse claramente los argumentos de ambas posturas interpretativas sobre la cantidad de intentos de tratamientos de alta complejidad.

Asimismo, es un disparador para tener presente el respeto a derechos humanos,

consagrados internacional y constitucionalmente. Así como también, los compromisos internacionales que asumió nuestro país, que configuran al Estado argentino como garante de estos derechos.

Sin lugar a duda el veredicto en esta causa se constituye como un paso más hacia el ejercicio efectivo del derecho a la salud reproductiva.

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3312/2021

Texto completo de fallo de p. 4

Salta, julio 26 de 2021.

Los doctores *Vittar, Aguilar, Bonari, Gauffin* y *Rodríguez Faraldo* dijeron:

1º) Que contra la sentencia de fs. 148/156 vta. que hizo lugar a la acción de amparo y condenó al Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) a brindar a la actora cobertura total (100%) del tratamiento de fertilización asistida de alta complejidad con ovodonación, en el número de intentos necesarios para lograr un embarazo a término con el límite de los tres establecidos por ley, incluyendo honorarios del centro médico, medicación para donante y receptora y el costo de la obtención de los gametos, la demandada interpuso recurso de apelación (fs. 163).

Para así decidir, la jueza *a quo* señaló que a los fines de computar la limitación contenida en la Ley 7964, de tres intentos en total para ese tipo de tratamientos, no podían considerarse las prácticas que se le reconocieron a la amparista con anterioridad a su entrada en vigencia. Ello porque según la magistrada esa norma no puede ser aplicada retroactivamente, ya que afectaría en este caso el derecho a la salud de la actora, reconocido constitucionalmente a través de la protección del derecho a la vida.

En base a un precedente resuelto por esta Corte antes de que entrara a regir la mencionada ley provincial (registrado en Tomo 204:865), la jueza sostuvo que si el caso exige un número mayor de tratamientos de alta complejidad y ello se encuentra médicamente justificado, deben ser cubiertos por la obra social demandada. Agregó que de las constancias de fs. 7/9 surge que el tratamiento de fertilización con ovodonación es la única posibilidad terapéutica para la pareja y que la misma demandada acompañó a fs. 104 el informe de la junta médica en el que reconoce que por la edad de la paciente el pedido de una nueva intervención tiene justificación.

Destacó también que la Corte Suprema de Justicia de la Nación, en autos "Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud" (Fallos: 341:929), resuelto el 14 de agosto de 2018, interpretó el Decreto 956/2013 reglamentario de la Ley Nacional 26.862 despejando toda duda sobre el número de intentos de alta complejidad que admite aquella reglamentación al determinar que son tres por año y no tres en total.

En base a estos fundamentos la jueza de la anterior instancia concluyó que la conducta del IPS, al denegar el tratamiento de fecundación de alta complejidad con ovodonación aplicando la restricción prevista en la Ley 7964 de modo retroactivo, resulta arbitraria.

Al expresar agravios (fs. 166/170), la demandada critica el fallo porque acu-

dió al principio de irretroactividad de la Ley 7964 para ordenar una cobertura que ya había otorgado la obra social, según se desprende del Expte. administrativo 74-26.521/ 2015-0-1, circunstancia que fue reconocida por la actora en su demanda.

Se agravia también porque con posterioridad al precedente de esta Corte que se invoca en la sentencia recurrida, en la causa "A., M. L.; A., A. c. Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS) - Amparo - Recurso de apelación" resuelta el 28 de julio de 2017 (Tomo 213:161), el Tribunal dejó establecido que con la Ley 7964 la cuestión relativa al número de intentos para las técnicas de alta complejidad ha quedado definitivamente zanjada y no cabe duda de que el límite es de tres en total (art. 9º).

Señala que en ningún momento atentó contra la posibilidad de que la actora se realizara en forma privada y a su costo un nuevo intento de fertilización de alta complejidad, y que simplemente cumplió con la normativa que marca un límite que determina que el cuarto tratamiento aquí solicitado no debe estar a cargo de la obra social, cuando ya cubrió tres con anterioridad.

Critica también el fallo porque se afectó el principio de congruencia al condenarla a cubrir hasta tres intentos en total, cuando ello no había sido solicitado en la demanda, ni tiene justificación médica.

Agrega que al obligarla a reconocer el 100% de cobertura, la sentencia contraría lo establecido en la Ley 7127 y el Decreto 3402/2007, por el cual se establece un régimen de coseguros. En tal sentido, afirma que el art. 8º de la Ley 26.862 en ningún caso hace referencia a que la cobertura deba ser total y que no está prevista en la norma regulatoria del IPS una cobertura ilimitada y sin restricciones del 100%.

Corrido el traslado pertinente, contesta la actora (fs. 180/185 vta.) solicitando el rechazo del recurso de apelación por las razones que allí explicita.

A fs. 208/209 vta. emite su dictamen el señor Fiscal de Impugnación, interinamente a cargo de la Fiscalía ante la Corte Nº 1, donde opina que el recurso debe ser rechazado, encontrándose firme la providencia que llama autos para resolver (fs. 210).

2º) Que a tenor de lo dispuesto por el art. 87 de la Constitución de la Provincia, la acción de amparo procede ante actos u omisiones ilegales de la autoridad o de particulares, restrictivos o negatorios de las garantías y derechos subjetivos explícita e implícitamente allí consagrados. La viabilidad de este remedio requiere, en consecuencia, la invocación de un derecho indiscutible, cierto, preciso, de jerar-

THOMSON REUTERS
LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

TRATADO DE LA PRUEBA ELECTRÓNICA

Directores: **Gastón Enrique Bielli • Carlos Jonathan Ordoñez • Gabriel Hernán Quadri**

2021



Esta obra contiene códigos QR con material adicional.



3 Tomos Disponibles en papel y eBook.

La presente obra busca analizar la influencia y las formas de trabajo con fuentes de prueba digitales, partiendo de una premisa: la unicidad del fenómeno de la prueba electrónica.

Desde hace algunos años, todas las ramas del Derecho se han visto impactadas por lo tecnológico y esto incide tanto en el ejercicio de la profesión legal como en el cumplimiento de las funciones jurisdiccionales. En orden de brindar al lector un panorama lo más amplio posible, en este trabajo se buscó reunir un equipo de autores especializado cada uno en su ámbito, para que aborden en profundidad las diversas aristas de la cuestión probatoria y en los distintos fueros. El abordaje se efectúa desde una perspectiva teórica, pero también práctica.

Adquirir la obra llamando al **0810-266-4444** o ingresando en www.tienda.thomsonreuters.com.ar

THOMSON REUTERS®



Seguí nuestra página de **LinkedIn** con contenido específico para abogados.

ThomsonReutersLaLey
@TRLaLey
ThomsonReutersLatam
ThomsonReutersLatam

quía constitucional, pero además que la conducta impugnada sea manifiestamente arbitraria o ilegítima y que el daño no pueda evitarse o repararse adecuadamente por medio de otras vías (conf. esta Corte, Tomo 64: 137; 65:127, 315, 629; 69:917; 192:331, entre otros).

Así, el amparo constituye un proceso excepcional que exige, para su apertura, circunstancias muy particulares, caracterizadas por la presencia de arbitrariedad o ilegitimidad manifiestas que, ante la ineficacia de los procedimientos ordinarios, origina un daño grave solo eventualmente reparable por este procedimiento urgente y expeditivo. Debe tratarse de la vulneración de garantías constitucionales pues la razón de ser de la acción de amparo es la de proveer el remedio adecuado contra la arbitrariedad de los derechos y garantías reconocidos por la Constitución (conf. CSJN, Fallos: 305:2237; 306:788, entre otros).

De modo que el objeto de la demanda de amparo es la tutela inmediata de los derechos humanos esenciales acogidos por la Carta Magna, frente a una transgresión que cause daño irreparable en tiempo oportuno y que exige urgentes remedios (DJ, Tomo 1985-II, p. 452; esta Corte, Tomo 112:451; 192:331, entre otros).

3º) Que en orden a resolver la cuestión traída a conocimiento de este Tribunal, resulta necesario efectuar una reseña de la normativa aplicable al caso, como así también de los criterios hermenéuticos que deben adoptarse cuando está comprometido un derecho humano esencial como es el derecho a la salud reproductiva.

En ese sentido, la Ley Nacional de Fertilización Asistida 26.862, vino a dar respuesta al debate instalado en la sociedad en torno a la posición del Estado como garante del derecho a la salud reproductiva y el derecho a formar una familia.

Esta ley tiene como objetivo "garantizar el acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción médicamente asistida", comprendiendo —entre otros— los procedimientos y técnicas de reproducción médicamente asistida de baja y alta complejidad (ver arts. 1º, 2º y 8º).

La legislación nacional ha caracterizado sus mandatos como de orden público, esto es, de aplicación obligatoria en todo el territorio nacional (art. 10 de la Ley 26.862) y ha incluido en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las téc-

nicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida (art. 8° de la Ley 26.862 y art. 8° del Decreto 956/2013).

Cabe señalar que una cuestión es de orden público, cuando responde a un interés general, colectivo, por oposición a las cuestiones de orden privado, en las cuales solo juega un interés particular. Como tal, la Ley 26.862 resulta una norma irrenunciable, imperativa; que no confiere a los interesados la posibilidad de apartarse de sus disposiciones y sustituirlas por otras. Toda ley imperativa es de orden público puesto que cada vez que el legislador impone una norma con carácter obligatorio y le veda a los interesados apartarse de sus disposiciones, es porque considera que hay un interés social comprometido en su cumplimiento; en otras palabras, porque se trata de una ley de orden público. En conclusión: leyes imperativas y leyes de orden público, son conceptos sinónimos (conf. Borda, Guillermo Julio, “Concepto de ley de orden público”, LA LEY, 1950-58, 997).

A su vez, el art. 8°, párrafo 3°, del Decreto 956/2013, reglamentario de la Ley 26.862, establece que una persona podrá acceder a un máximo de cuatro tratamientos anuales con técnicas de reproducción médicamente asistida de baja complejidad y hasta tres tratamientos con técnicas de alta complejidad, con intervalos mínimos de tres meses entre cada uno de ellos.

La determinación del número de tratamientos de alta complejidad que la ley nacional contempla fue motivo de un prolongado debate en distintas instancias jurisdiccionales. La discusión oscilaba entre aquellos pronunciamientos que interpretaron que la ley autorizaba la cantidad de tratamientos que resultaran necesarios hasta alcanzar el embarazo, los que consideraron que se trataba de tres intentos de alta complejidad anuales, y los que sostuvieron que debían ser tres en total.

En ese contexto, la Corte Suprema de Justicia de la Nación en la causa “Y., M. V. y otro c. IOSE s/ amparo de salud” (Fallos: 341:929) definió la cuestión estableciendo —por mayoría— una interpretación amplia sobre el alcance de la cobertura de las técnicas de reproducción humana asistida de alta complejidad, ordenando que los efectores del ámbito de la salud deben garantizar tres tratamientos por año con intervalos mínimos de tres meses entre cada prestación.

Para decidir de ese modo el Alto Tribunal Federal hizo referencia a los arts. 1°, 2° y 8° de la Ley 26.862, respecto de los cuales expresó que esas normas son suficientemente elocuentes acerca del amplio alcance que el legislador ha querido otorgar a la cobertura de las prestaciones que aseguren el pleno ejercicio del derecho a la salud reproductiva al que se le reconoce carácter fundamental por su íntima vinculación con el derecho a la vida.

En ese sentido, consideró que resultaba inconveniente la interpretación que había efectuado la Sala I de la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal respecto de las disposiciones reglamentarias —sobre cuya base postulaba que el acceso a las técnicas de reproducción asistida de alta complejidad se restringía a tres intervenciones en total— en el entendimiento que convalidar tal inteligencia conspiraría contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada, al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que tiene carácter fundamental (v. considerando 5°). Tal postura

fue ratificada por el Alto Tribunal en los precedentes CSJ 2262/2017 “S., A. M.” del 17/12/2019; y FMP 20.270/2016 “R., M. C.” del 18/02/2020.

Por otra parte, en el orden local, —con anterioridad al pronunciamiento del Máximo Tribunal— se dictó la Ley 7964 cuyo objeto es regular el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS), para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas.

En este régimen se establece que “Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro (4) intentos por año. Para las técnicas de alta complejidad, hasta tres (3) tratamientos en total, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos.” (art. 9° de la Ley 7964).

Se advierte así, que la normativa provincial zanjó la cuestión referida a la cantidad de intentos de alta complejidad adoptando el criterio restrictivo, al establecer una limitación de tres tratamientos de por vida.

Efectuada esta reseña, corresponde ahora analizar si la solución adoptada por el legislador local resulta compatible con el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los tratados internacionales, y los postulados de la Ley Nacional 26.862 a la luz de la exégesis efectuada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

4°) Que en ese orden de ideas, resulta necesario reiterar que por tratarse de un derecho humano, el derecho a la salud reproductiva debe ser analizado de acuerdo al principio *pro homine* que determina que el intérprete debe escoger dentro de lo que la norma posibilita, el resultado que proteja en mayor medida a la persona humana y, por el contrario, a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio (conf. CSJN, Fallos: 330:1989).

Además, al encontrarse en juego un derecho fundamental que involucra una cuestión tan sensible como la planificación de la vida familiar, el abordaje del examen debe ser necesariamente humano y en clave constitucional y convencional.

Desde esta perspectiva, la postura que adopta la normativa local trasunta una restricción injustificada a derechos humanos garantizados, como son la salud reproductiva, la vida privada y familiar (art. 11, CADH), a la maternidad y a conformar una familia (art. 17, CADH), a la igualdad y a no ser discriminado (art. 24, CADH), a la vez que desnaturaliza la finalidad de proporcionar y garantizar un acceso integral a las técnicas de fertilización asistida que propicia la propia Ley 7964.

En efecto, se evidencia que la norma en análisis consagra una desigualdad de trato para los ciudadanos de esta provincia respecto de los habitantes de las demás jurisdicciones del país, en tanto aquellos solo podrán acceder a tres tratamientos de alta complejidad de por vida en los establecimientos de salud públicos, mientras que estos tendrían derecho a tres intentos por año en iguales condiciones.

Otro tanto ocurre a nivel provincial entre los afiliados forzosos del IPS, quienes ten-

drán la posibilidad de solicitar tres intentos en total, mientras que los que cuenten con otra obra social o puedan costear adicionalmente con los servicios de entidades de medicina prepaga, podrán acceder anualmente a tres prácticas de este tipo.

En ese contexto, no es posible apreciar que la apuntada desigualdad de oportunidades que consagra la Ley 7964 se base en alguna diferenciación razonable, o que al menos persiga una finalidad que la justifique. Tampoco es posible establecer a partir de la lectura de los debates de las sesiones en ambas Cámaras cuáles pudieron haber sido los motivos y fines perseguidos por el legislador al adoptar el criterio restrictivo que no sean de tipo económico, fundamento que más allá de no haber sido evidenciado, resulta insuficiente por sí solo frente a los derechos en juego.

Y más aún para el Estado, cuya responsabilidad precisamente es tutelar y garantizar el derecho de cada ciudadano que encuentre afectada su salud reproductiva o su derecho a formar una familia, y por encontrarse obligado a proveer políticas públicas y realizar acciones positivas para hacer efectivos esos derechos humanos fundamentales.

En ese orden de ideas, la igualdad de las personas constituye uno de los pilares fundamentales del derecho internacional de los derechos humanos el que, cabe destacar, también ha sido incorporado expresamente al derecho público local en el art. 13 de la Constitución Provincial. Con arreglo a este precepto los poderes públicos asegurarán las condiciones para que la libertad y la igualdad de las personas sean reales y efectivas, procurando remover los obstáculos que impidan o dificulten su plenitud (tercer párrafo).

En el caso, el distinto tratamiento al que se arriba con la aplicación de la norma en examen reconoce como única causa la calidad de habitante de esta provincia o el carácter de afiliado del Instituto Provincial de la Salud de Salta, no existiendo motivos razonables que justifiquen la disparidad de realidades a las que se ha aludido precedentemente, lo cual configura una situación discriminatoria que vulnera el principio de igualdad tutelado por los instrumentos internacionales y ordenamientos constitucionales citados a lo largo del presente.

En esa inteligencia, parece necesario recordar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Artavia Murillo c. Costa Rica”, advirtió con énfasis que la falta de cobertura de estos procedimientos médicos por parte del Estado produce una discriminación por razones socioeconómicas, en tanto podrán acceder y ver satisfechos sus derechos a formar una familia, a asirse de los avances de la ciencia, aquellos que puedan hacer frente a los altos costos de las prácticas, y que “los tipos de límites o barreras que comúnmente encuentran las personas con diversidad funcional en la sociedad son, entre otras, actitudinales o socioeconómicas” (párr. 291). También precisó que “los Estados no deben producir regulaciones que tengan efectos discriminatorios en los diferentes grupos de una población al momento de ejercer sus derechos” (párr. 4°, voto concurrente del juez García Saypan).

Desde esa perspectiva, es posible sostener que el art. 9° de la Ley 7964 se aparta de tales directrices generando situaciones de inequidad social al restringir de forma severa derechos fundamentales garantizados, y se contraponen, incluso, con la finalidad buscada por la propia norma.

5°) Que en el mismo sentido, resulta útil referir al fallo plenario emitido por la Cámara Nacional de Apelaciones en lo Civil y Comercial Federal en la causa “G., C. y otro c. Obra Social del Poder Judicial de la Nación s/ amparo de salud” (La Ley Online: TR LALEY AR/JUR/47055/2018) que al analizar el art. 8° del aludido decreto reglamentario 956/2013, señaló que limitar a tres los tratamientos de alta complejidad cuando el estado de la ciencia en este momento tiene un alto índice de fracasos, en las técnicas de fertilización asistida equivale a restringir el ejercicio de la voluntad procreacional en un elevado número de casos y convertir, en múltiples supuestos, el objeto de la ley en una enfática enumeración programática vacía de operatividad.

Bajo tales parámetros se advierte que la solución brindada por el legislador local atenta también contra la posibilidad de los habitantes de la provincia y los afiliados del IPS de acceder a nuevos métodos de reproducción asistida que se vayan descubriendo por la ciencia, toda vez que aquellos que hayan consumido las tres prácticas permitidas bajo un determinado tratamiento médico, no podrían acceder a una nueva chance con una técnica basada en tecnología que no se encontraba disponible cuando agotó sus intentos, mientras que en el resto del país, o los afiliados de cualquier otra obra social privada, podrán beneficiarse de los avances de la medicina.

En este sentido, cabe recordar que los jueces no pueden prescindir, en la interpretación y aplicación de las leyes, de las consecuencias que derivan de cada criterio, pues ellas constituyen uno de los índices más seguros de verificar su razonabilidad y coherencia con el sistema en el que está engarzada la norma (esta Corte, Tomo 108:329; 140:519; 156:137).

Sobre tales bases, se advierte que la limitación de intentos generará un efecto discriminatorio en función de la situación económica de los afectados, toda vez que solo quienes cuenten con los recursos necesarios para trasladarse a otra provincia o para afrontar el costo de una entidad de medicina prepaga tendrán la posibilidad de acceder a un tratamiento médico de avanzada.

En este sentido, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) precisó en la aludida causa “Artavia Murillo y otros (fecundación ‘in vitro’) c. Costa Rica” que el derecho al goce de los beneficios del progreso científico ha sido reconocido internacionalmente y, en el ámbito interamericano, se encuentra contemplado en el art. XIII de la Declaración Americana y en el art. 14.1.b) del Protocolo de San Salvador. Cabe mencionar que la Asamblea General de Naciones Unidas, en su Declaración sobre este derecho, señaló la relación entre este y la satisfacción de las necesidades materiales y espirituales de todos los sectores de la población. Por tanto, y conforme al art. 29.b) de la Convención Americana, el alcance de los derechos a la vida privada, autonomía reproductiva y a fundar una familia, derivado de los arts. 11.2 y 17.2 de la Convención Americana, se extiende al derecho de toda persona a beneficiarse del progreso científico y de sus aplicaciones. Del derecho de acceso al más alto y efectivo progreso científico para el ejercicio de la autonomía reproductiva y la posibilidad de formar una familia se deriva el derecho a acceder a los mejores servicios de salud en técnicas de asistencia reproductiva, y, en consecuencia, la prohibición de restricciones desproporcionadas e innecesarias de “iure” o de facto para ejercer las decisiones reproductivas que correspondan en cada persona (párr. 150).

6º) Que con arreglo a lo expuesto en los apartados precedentes se verifica que la regulación efectuada a nivel local del derecho a la salud reproductiva quebranta el plexo normativo que emana de la Constitución Nacional, los tratados internacionales y la Ley Nacional 26.862, restringiendo derechos reconocidos y compromisos asumidos por el Estado Nacional, por lo que corresponde declarar su inconstitucionalidad.

En orden a la declaración oficiosa de inconstitucionalidad, cabe recordar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación a partir del caso “Mill de Pereyra, Rita A. y otros c. Provincia de Corrientes” (Fallos: 324:3219) modificó su criterio y reconoció la tesis de procedencia del control de constitucionalidad sin que fuere necesario la existencia de pedido de parte interesada.

Posteriormente, en la causa “Banco Comercial de Finanzas” (Fallos: 327:3117) ratificó el criterio expuesto precedentemente, señalando que “... si bien es exacto que los tribunales judiciales no pueden efectuar declaraciones de inconstitucionalidad de las leyes en abstracto, es decir, fuera de una causa concreta en la cual deba o pueda efectuarse la aplicación de las normas supuestamente en pugna con la Constitución, no se sigue de ello la necesidad de petición expresa de la parte interesada, pues como el control de constitucionalidad versa sobre una cuestión de derecho y no de hecho, la potestad de los jueces de suplir el derecho que las partes no invocan o invocan erradamente —trasuntado en el antiguo adagio *iura novit curia*— incluye el deber de mantener la supremacía de la Constitución (art. 31 de la Carta Magna) aplicando, en caso de colisión de normas, la de mayor rango, vale decir, la constitucional, desechando la de rango inferior (Fallos: 306:303, considerando 4º del voto de los jueces Fayt y Belluscio)”.

Más tarde, en la causa “Rodríguez Pereyra, Jorge Luis y otra c. Ejército Argentino s/ daños y perjuicios” (Fallos: 335:2333), la Corte volvió a reafirmar la tesis de la procedencia del control de constitucionalidad de oficio, y además invocó la doctrina del control oficioso de convencionalidad.

Así, aludió a la obligación del órgano judicial de los estados partes, de efectuar el denominado control de convencionalidad sentado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Almonacid Arellano c. Chile” (“Almonacid Arellano c. Chile”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C, Nº 154, párr. 124), receptada por aquella en el caso “Mazzeo, Julio L. y otros s/ recursos de casación e inconstitucionalidad” (Fallos: 330:3248, del 13/07/2007), para seguidamente invocar fallos del tribunal regional que postulan la obligación de que el referido control proceda de oficio, iniciando dicha labor con la cita del caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) c. Perú”, Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 24 de noviembre de 2006, párr. 128.

Destacó al respecto, que la jurisprudencia reseñada no dejaba lugar a dudas de que “los órganos judiciales de los países que han ratificado la Convención Americana sobre Derechos Humanos están obligados a ejercer, de oficio, el control de convencionalidad, descalificando las normas internas que se opongan a dicho tratado”. Y destacó también que resultaría “un contrasentido aceptar que la Constitución Nacional que, por un lado, confie-

re rango constitucional a la mencionada Convención (art. 75, inc. 22), incorpora sus disposiciones al derecho interno y, por consiguiente, habilita la aplicación de la regla interpretativa —formulada por su intérprete auténtico, es decir, la Corte Interamericana de Derechos Humanos— que obliga a los tribunales nacionales a ejercer de oficio el control de convencionalidad, impida, por otro lado, que esos mismos tribunales ejerzan similar examen con el fin de salvaguardar su supremacía frente a normas locales de menor rango” (considerando 12).

Por otra parte el Alto Tribunal estableció para el ejercicio del control de constitucionalidad de oficio ciertos requisitos que lo delimitan, precisando que debe tener lugar en el marco de las competencias de los magistrados judiciales y de las regulaciones procesales correspondientes. Sobre tales bases, afirmó que “el contralor normativo a cargo del juez presupone un proceso judicial ajustado a las reglas adjetivas aplicables entre las cuales revisten especial relevancia las que determinan la competencia de los órganos jurisdiccionales y, sobre todo, las que fijan los requisitos de admisibilidad y fundamentación de las presentaciones o alegaciones de las partes” (considerando 13), extremos que se verifican en el caso y tornan procedente la declaración efectuada.

7º) Que por otro lado, en relación al agravio esgrimido por el recurrente referido a que la condena formulada a su parte a reconocer el 100% de la cobertura contraría el régimen de coseguro establecido en la Ley 7127 y el Decreto 3402/2007, corresponde su desestimación en atención a que por expresa disposición legal (art. 1º de la Ley 7964 y art. 8º de la Ley 26.862) la cobertura por parte de los efectores públicos dependientes del Ministerio de Salud Pública y de los prestadores del IPS debe ser “integral”.

En este aspecto, como ya se expresó la Ley 7964 vino a regular en el ámbito provincial una norma nacional de orden público, razón por la cual no puede interpretarse —sin riesgo de alterar sus claros términos de naturaleza imperativa— que su art. 8º al referir a “las obligaciones que les corresponda asumir a las entidades de coseguro en lo relativo al co-pago”, menos cabe la prestación integral que incorpora la norma nacional como prestación obligatoria de todos los agentes que presten servicios médicos asistenciales a sus afiliados independientemente de la figura jurídica que posean.

Al respecto, cabe destacar que la finalidad del copago o coseguro está dirigida a complementar el valor de las prestaciones no alcanzadas por los porcentajes reconocidos por el IPS, supuesto ajeno al caso de autos donde, como ya quedó expuesto, existe una obligación legal de cobertura “integral” y —por ende— del 100% en cabeza del referido instituto de salud.

Asimismo, avalar una prestación circunscripta al 80% a cargo del IPS, tal como se pretende, generaría un precedente injusto, que quiebra el principio de igualdad de los arts. 16 de la Constitución Nacional y 13 de la Provincial, además de violentar los claros términos de una ley nacional de orden público.

8º) Que consecuentemente, las circunstancias del caso y la adecuada protección de los derechos humanos involucrados en el presente ameritan la solución propiciada, y en consecuencia, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 9º de la Ley 7964; y rechazar el recurso de apelación de fs. 163. Con costas por el orden causado en ambas instancias en

atención a la manera en que se resuelve la causa.

El doctor *López Viñals* dijo:

1º) Que adhiero a los considerandos 1º) y 2º) del voto que abre el presente acuerdo.

2º) Que en el análisis de los agravios propuestos por el IPS, cabe tener presente que la actora, luego de haber realizado tres intentos con óvulos propios (en septiembre de 2015, enero de 2016 y un año después aproximadamente), según se desprende del Expte. 74-26.521/2015-0-1, el 28 de diciembre de 2017 solicitó a la obra social demandada que por vía de excepción se le autorice un cuarto tratamiento de fertilización asistida “in Vitro”, esta vez con ovodonación, por prescripción de su médico tratante (fs. 10).

Este pedido fue rechazado por el IPS (fs. 12) el 11 de enero de 2018, con fundamento en el límite máximo que fija la Ley 7964 en su art. 9º, pues ya se le habían reconocido a la afiliada tres procedimientos anteriores de alta complejidad.

Frente a tal comprobación, resulta errónea la afirmación de la jueza *a quo* en cuanto a que dicho rechazo por el IPS significó una aplicación retroactiva de la ley provincial. Ello es así porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación dispuesta por esa norma reglamentaria y al fundar en ella su denegatoria, la obra social no hizo más que aplicar aquella de manera inmediata, considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad.

Debe recordarse que el inmediato es el efecto propio y normal de la ley y consiste en que la nueva norma se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyan en el futuro; a las existentes, en cuanto no estén agotadas; y a las consecuencias que no hayan operado todavía. Es decir que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la nueva norma es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, “La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes”, Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 29).

Por ello, si a partir de diciembre de 2016 rige un límite legal de tres intentos, rechazar un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el IPS como lo hizo la jueza *a quo*.

3º) Que sentado lo anterior, coincido con lo expresado en el considerando 3º) del voto de referencia.

4º) Que, a partir de allí, cabe destacar que el control constitucional, en el caso de autos el atinente a la norma local que reglamenta el derecho invocado por la amparista, debe ser llevado a cabo por los jueces aún de oficio; coincidiendo con lo manifestado en el considerando 6º) del voto de referencia sobre este punto.

5º) Que el examen acerca de la compatibilidad de la Ley provincial con el plexo de superior jerarquía debe efectuarse desde una doble perspectiva. Por un lado, corresponde verificar si la provincia ha dictado la Ley 7964 dentro del ámbito de sus competencias. Por el otro, y para el caso de que la respuesta a lo anterior sea afirmativa, cabe evaluar si la restricción impuesta al derecho reglamentado resulta razonable, tal como la Constitución lo exige de toda reglamentación de los derechos.

6º) Que en cuanto a lo primero, es dable señalar que la Corte Suprema de Justicia de la Nación ha dicho que la regla configurativa de nuestro sistema federal sienta el principio según el cual las provincias conservan los poderes que no fueron delegados al gobierno federal y todos aquellos que se reservaron en los pactos especiales al tiempo de su incorporación; y reconoce poderes concurrentes sobre ciertas materias que son de competencia tanto federal como de las provincias y que por lo tanto son susceptibles de convenios o acuerdos de concertación (arts. 121 y 125 de la CN, y causa CSJ 566/2004 (40-O)/CS1 “Obra Social Bancaria Argentina c. Santa Fe, Provincia de s/ acción declarativa de inconstitucionalidad”, sentencia del 1º de agosto de 2013). Es por ello que el art. 121 de la Constitución Nacional reconoce que las provincias conservan su soberanía absoluta en todo lo relativo a los poderes no delegados a la Nación, principio del cual se deduce que a ellas corresponde exclusivamente darse leyes de policía, y en general, todas las que juzguen conducentes a su bienestar y prosperidad sin más limitaciones que las enumeradas en el art. 126 de la CN y la razonabilidad, que es requisito de todo acto legítimo (conf. Fallos: 330:3098).

Así lo ha interpretado el más alto Tribunal —en composiciones que se remontan casi al origen de nuestra organización institucional, 1869— cuando expuso que “es un hecho y también un principio constitucional, que la policía de las Provincias está a cargo de sus gobiernos locales, entendiéndose incluido en los poderes que se han reservado, el de proveer lo conveniente a la seguridad, salubridad y moralidad de sus vecinos; y que, por consiguiente, pueden lícitamente dictar leyes y reglamentos con estos fines (conf. Fallos: 338:1110).

Todo ello se enmarca, sostuvo el Tribunal en el citado fallo, en la conformación del Estado Federal, el que “...se trata de un Estado en el que la unidad y la diversidad, la centralización y la descentralización se resumen en una unidad dialéctica caracterizada por una específica conexión de las relaciones de coordinación, supra y subordinación e inordinación, de tal manera que todas ellas se condicionan y complementan recíprocamente (García Pelayo, Manuel, “Derecho Constitucional Comparado”, Alianza Editores, Madrid, 1993)” (conf. considerando 11).

Asimismo ha puesto de resalto, que de acuerdo a las especiales características con que la Constitución Nacional ha revestido la configuración político institucional de naturaleza federal, la regla y no la excepción consiste en la existencia de jurisdicciones compartidas entre la Nación y las provincias, debiendo en consecuencia ser interpretadas las normas de aquella de modo que las autoridades de la una y de las otras se desenvuelvan armoniosamente, evitando interferencias o roces susceptibles de acrecentar los poderes del gobierno central en desmedro de las facultades provinciales y viceversa, y procurando que actúen para ayudarse y no para destruirse (Fallos: 334:891).

7º) Que establecidos los criterios de reparto de competencias y los principios orientadores, ha señalado (Fallos: 338:1110) que las modificaciones introducidas por la reforma constitucional de 1994, no han hecho variar este criterio, antes bien lo han acentuado. La realización de las competencias concurrentes que la reforma constitucional ha afianzado en los arts. 41, 43, 75, incs. 17, 19 y 30, y 125, entre otros, no implica enervar los ámbitos de actuación de ninguna órbita del gobierno, sino que importa la interrelación, coo-

peración y funcionalidad en una materia común de incumbencia compartida, como es el caso de la salud pública, sin perjuicio del poder de policía de salubridad que, en primer término, está en cabeza de las provincias.

En esa inteligencia, las obligaciones que atañen a la Nación en materia sanitaria no son exclusivas ni excluyentes de las que competen a sus unidades políticas en sus esferas de actuación sino que, en estados de estructura federal, pesan sobre ellas responsabilidades semejantes, que también se proyectan sobre las entidades públicas y privadas que se desenvuelven en este ámbito, ya que de lo contrario, las leyes sancionadas en la materia no dejarían de ser sino enfáticas enumeraciones programáticas vacías de operatividad (conf. Fallos: 331:2135).

Como consecuencia de lo expuesto, puede afirmarse que la materia sobre la que versa el caso es una de aquellas que admite que una potestad legislativa nacional y una provincial puedan ejercerse conjunta y simultáneamente, sin que de esa circunstancia derive violación de principio o precepto jurídico alguno, siempre que ambas actúen respetando las limitaciones que la Ley Fundamental les impone (conf. doctrina de Fallos: 307:360).

8º) Que siendo la regulación de la salud pública una facultad compartida con la Nación por su objeto, la autoridad provincial ejerce la porción del poder estatal que le corresponde; el poder de policía en su ámbito propio implica reconocer a la provincia una atribución reglamentaria, cuya modelación para promover el bien común permite reconocer un grado de valoración estatal local con relación al fin especial que persigue, la protección de la salud. El modo en que lo hace debe ser respetado, salvo una incompatibilidad constitucional insalvable. Así lo entendió el legislador nacional, al estatuir el art. 10 de la Ley 26.862, por el cual se dispuso invitar a las provincias y a la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a sancionar, para el ámbito de su exclusiva competencia, las normas correspondientes.

9º) Que, en segundo lugar y dilucidado lo anterior, se impone analizar si la limitación de cobertura de tres intentos en total para los tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad, establecida por el art. 9 de la Ley 7964, constituye una restricción razonable al derecho a la salud reproductiva invocado por la amparista.

10) Que en el caso, se tiene que el derecho fundamental reglamentado se vincula a la salud reproductiva y a la planificación de la vida familiar, protegidos constitucionalmente como derechos fundamentales del hombre, a través de la Declaración Universal de Derechos Humanos, del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención Americana sobre Derechos Humanos, entre muchos otros (art. 75, inc. 22 de la CN).

El derecho a la salud ha sido definido como un derecho humano fundamental e indispensable para el ejercicio de los demás derechos humanos, pues garantiza el disfrute del más alto nivel posible de salud que permite vivir dignamente (Observación General N° 14 del Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales). Tal ha sido a su vez la jerarquía que se le ha reconocido a nivel del derecho interno desde principios de este siglo, a través de una prolífica y consolidada jurisprudencia emanada de la Corte Suprema de Justicia de la Nación (v.g. “Campodónico de Beviacqua, Ana C. c. Ministerio de Salud y Acción Social - Secretaría de Programas de Salud y

Banco de Drogas Neoplásticas s/ recurso de hecho”, Fallos: 323:3229; “Asociación Benghalensis y otro c. Ministerio de Salud y Acción Social - Estado Nacional s/ amparo Ley 16.986”, Fallos: 323:1339), que se ha proyectado en las diferentes instancias y jurisdicciones, fundada en distintos instrumentos de rango constitucional (art. 75, inc. 22 de la CN).

Asimismo el derecho en análisis integra el catálogo de derechos humanos como surge claramente de los arts. 22 y 25 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 12 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, 5 de la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación Racial, 12 de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer, 24 de la Convención sobre los Derechos del Niño, 25 de la Convención Internacional de Derechos de las Personas con Discapacidad y 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El derecho a formar una familia también está constitucionalmente reconocido, conceptualizado como uno de los derechos naturales básicos, inherentes a la condición humana, del que emerge el deber del Estado de proveer medidas positivas conducentes para garantizar el derecho a la salud reproductiva y el inescindible derecho a formar una familia. En este sentido, el art. 17 de la Convención Americana protege el derecho del hombre y de la mujer a fundar una familia, y constituye la base para el acceso a las técnicas de fecundación asistida, ya que los derechos reproductivos deben interpretarse en relación directa con el derecho a formar una familia (ver también arts. 16 de la Declaración Universal de Derechos Humanos, 10 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y 23 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos).

De esta dupla conformada por el derecho a la salud y el derecho a formar una familia, y como consecuencia del fenómeno de expansión de los derechos humanos, emerge el derecho a la salud reproductiva.

En ese contexto, la salud reproductiva tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud, al haber sido considerada como “un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos. En consecuencia, la salud reproductiva entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...). La atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivo al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual” (Fondo de Población

de las Naciones Unidas, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, FNUAP, 1995).

Asimismo, esta Corte con anterioridad (Tomo 179:293; 180:407; 204:865) afirmó que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales garantiza el derecho de toda persona a “gozar de los beneficios del progreso científico y de sus aplicaciones” (art. 15.b), reconocimiento que también aparece en el art. XIII de la Declaración Americana de Derechos Humanos, al expresar que “Toda persona tiene el derecho de (...) disfrutar de los beneficios que resulten de los progresos intelectuales y especialmente de los descubrimientos científicos”.

En esa línea, según el citado Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo (El Cairo, 1994, párrafo 7.17; ONU A/CONF.171/13/Rev.1 (1995) “deberían proporcionarse técnicas de fecundación ‘in vitro’ de conformidad con directrices éticas y normas médicas apropiadas” (esta Corte, Tomo 192:331; 204:865).

A su vez, la Convención Internacional sobre los Derechos de Personas con Discapacidad prescribe que, por “discriminación por motivos de discapacidad” se entenderá cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables. Estos consisten en las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con las demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales.

Especial referencia merece por cierto, la mujer con discapacidad (art. 6º, punto 2), pues los Estados Partes signatarios asumieron el compromiso de tomar todas las medidas pertinentes para asegurar el pleno desarrollo, adelanto y potenciación de la mujer, con el propósito de garantizarle el ejercicio y goce de los derechos humanos y las libertades fundamentales establecidos en la Convención; y puntualmente, el art. 23, inc. b), establece el respeto al derecho de las personas con discapacidad a decidir libremente y de manera responsable el número de hijos que quieren tener, el tiempo que debe transcurrir entre un nacimiento y otro; a tener acceso a información, educación sobre reproducción y planificación familiar apropiados para su edad; y a que se les ofrezcan los medios necesarios que les permitan ejercer esos derechos, debiendo, entre ellos, adoptar las medidas pertinentes para asegurar el acceso de las personas con discapacidad a los servicios de salud.

Resulta propicio señalar también, que la CEDAW, instrumento señero de protección de los derechos de las mujeres, consagra en su art. 16, inc. e), su derecho a decidir libre y responsablemente el número de sus hijos, el intervalo entre los nacimientos y a tener acceso a la información, la educación y los medios que les permitan ejercer estos derechos.

11) Que la salud reproductiva es, como ha quedado dicho, una dimensión central del derecho a la salud. Tal el carácter que

la legislación nacional le ha conferido al proyectar sus normas como de orden público (art. 10 de la Ley 26.862) y al incluir en el Programa Médico Obligatorio (PMO) los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida (arts. 8º de la Ley 26.862 y 8º del Decreto 956/2013).

12) Que la característica de los derechos fundamentales mencionados y de los deberes que su garantía conlleva, es que no son meras declaraciones, sino normas jurídicas operativas con vocación de efectividad. La Corte Suprema de Justicia de la Nación en reiteradas oportunidades ha sostenido que la Constitución Nacional en cuanto norma jurídica reconoce derechos humanos para que estos resulten efectivos y no ilusorios, pues el llamado a reglamentarlos no puede obrar con otra finalidad que no sea la de darles todo el contenido que aquella les asigne; precisamente por ello, toda norma debe “garantizar el pleno goce y ejercicio de los derechos reconocidos por esta Constitución y por los tratados internacionales vigentes sobre derechos humanos” (conf. Fallos: 327:3677; 332:2043).

13) Que en este escenario “una restricción a los derechos fundamentales solo es admisible si en el caso concreto a los principios contrapuestos les corresponde un peso mayor que aquel que corresponde al principio de derecho fundamental” (conf. Alexy, Robert, “Teoría de los derechos fundamentales”, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2ª edición, Madrid, 2012, p. 257).

Se trata de efectuar una ponderación entre el derecho fundamental reglamentado y el principio que se pretende salvaguardar con la restricción dispuesta.

14) Que anteriormente se ha desarrollado lo atinente al derecho fundamental reglamentado, a su importancia, alcances, derivaciones y a las directrices en cuanto al ámbito de su garantía.

En cuanto al motivo que resguarda la limitación impuesta por la norma local, surge del texto de los debates parlamentarios que no fueron de carácter científico los que mediaron para imponerla sino razones de índole económica. Estas a priori y en abstracto no resultan suficientes para dejar sin salvaguarda el contenido esencial del derecho a la salud reproductiva y a la planificación familiar en juego en casos como el de autos. Por otra parte tampoco se ajusta a los objetivos legales definidos en la regulación nacional que rige en la materia.

Sobre el particular, la Corte Suprema de Justicia de la Nación interpretando la reglamentación de la Ley 26.862 expuso que la exégesis que conduce a afirmar que existe una limitación en el acceso a las técnicas de alta complejidad en un número de hasta tres en total, “importaría admitir la validez de una reglamentación que conspira contra los propósitos establecidos en la propia ley reglamentada al punto de desnaturalizar el derecho que ella consagra y que, como se ha mencionado líneas más arriba, tienen carácter fundamental” (conf. Fallos: 341:929).

15) Que, por lo que ha quedado dicho, tomando en cuenta las circunstancias del caso, corresponde declarar la inconstitucionalidad del art. 9º de la Ley Provincial 7964 y en consecuencia rechazar la apelación en este aspecto.

16) Que respecto al agravio vinculado con la condena a cubrir el 100% de lo peticionado, la Corte ha tenido oportunidad

de pronunciarse con anterioridad y contra la misma accionada. Memorando tal doctrina, se ha dicho que el argumento ofrecido en sustento para reconocer la cobertura en un 80% debe desestimarse por expresa aplicación del ordenamiento jurídico que, tanto en el orden federal como en el provincial, dispuso la cobertura "integral" en materia de tratamientos de fertilización médica asistida —art. 1º de la Ley 7964 y art. 8º de la Ley 26.862— (conf. Tomo 213:563; 226:503).

Ello así, la Resolución 29-D/2004 dictada por la obra social que nomenció la cobertura de la práctica con un alcance restringido, se traduce en un obstáculo real en el goce efectivo del derecho bajo examen, pues condiciona el acceso a las prácticas previstas por la ley para sus beneficiarios, lo cual, evidencia un apartamiento de los alcances previstos por la normativa señalada.

17) Que en cuanto a las costas, se imponen por el orden causado en ambas instancias atento a que la demandada tuvo razones probables para litigar.

Los doctores *Ovejero Cornejo, Samsón y Catalano* dijeron:

1º) Que nos remitimos al relato de los antecedentes de la causa expresados en el considerando 1º) del voto que abre el presente acuerdo y adherimos al considerando 2º), sin embargo disintimos de la solución jurídica que se propicia, por los siguientes fundamentos.

2º) Que ya en el análisis de los agravios propuestos por el IPS, cabe tener presente que la actora, luego de haber realizado tres intentos con óvulos propios (en septiembre de 2015, enero de 2016 y un año después aproximadamente), según se desprende del Expte. 74-26.521/2015-0-1, el 28 de diciembre de 2017 solicitó a la obra social demandada que por vía de excepción se le autorice un cuarto tratamiento de fertilización asistida "in vitro", esta vez con ovodonación, por prescripción de su médico tratante (fs. 10). Este pedido fue rechazado por el IPS (fs. 12) el 11 de enero de 2018, con fundamento en el límite máximo que fija la Ley 7964 en su art. 9º, pues ya se le habían reconocido a la afiliada tres procedimientos anteriores de alta complejidad.

Frente a tal comprobación, resulta errónea la afirmación de la jueza *a quo* en cuanto a que dicho rechazo por el IPS significó una aplicación retroactiva de la ley provincial. Ello es así porque cuando la actora efectuó el cuarto pedido, ya regía la limitación dispuesta por esa norma reglamentaria y al fundar en ella su denegatoria, la obra social no hizo más que aplicar aquella de manera inmediata, considerando que ya había cubierto tres tratamientos con anterioridad.

Debe recordarse que el inmediato es el efecto propio y normal de la ley y consiste en que la nueva norma se aplica a las relaciones y situaciones jurídicas que se constituyen en el futuro; a las existentes, en cuanto no estén agotadas; y a las consecuencias que no hayan operado todavía. Es decir que la ley toma a la relación ya constituida o a la situación en el estado en que se encontraba al tiempo en que la nueva norma es sancionada, pasando a regir los tramos de su desarrollo aún no cumplidos (conf. Kemelmajer de Carlucci, Aída, "La aplicación del Código Civil y Comercial a las relaciones y situaciones jurídicas existentes", Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 2015, p. 29).

Por ello, si a partir de diciembre de 2016 rige un límite legal de tres intentos, recha-

zar a partir de allí un cuarto pedido no importa una aplicación retroactiva de la ley, ni autoriza a desconocer los tres intentos anteriormente autorizados por el IPS como lo hizo la jueza *a quo*.

Cabe señalar que en autos, ya en vigencia de la Ley 7964, la amparista en sede administrativa concurre a solicitar un cuarto intento, consciente de la limitación legal, a tal punto que lo requirió por "vía de excepción" (ver fs. 10).

3º) Que específicamente, con relación a la salud reproductiva, este Tribunal ha sostenido que tiene una posición de privilegio en el ámbito del derecho a la salud, al haber sido considerada como "un estado general de bienestar físico, mental y social, y no de mera ausencia de enfermedades o dolencias, en todos los aspectos relacionados con el sistema reproductivo y sus funciones y procesos; que entraña la capacidad de disfrutar de una vida sexual satisfactoria y sin riesgos y de procrear, y la libertad para decidir hacerlo o no hacerlo, cuándo y con qué frecuencia. Esta última condición lleva implícito el derecho del hombre y la mujer a obtener información y de planificación de la familia de elección, así como a otros métodos para la regulación de la fecundidad que no estén legalmente prohibidos, y acceso a métodos seguros, eficaces, asequibles y aceptables, el derecho a recibir servicios adecuados de atención de la salud que permitan los embarazos y los partos sin riesgos y den a las parejas las máximas posibilidades de tener hijos sanos (...). La atención de la salud reproductiva se define como el conjunto de métodos, técnicas y servicios que contribuyen a la salud y al bienestar reproductivos al evitar y resolver los problemas relacionados con la salud reproductiva. Incluye también la salud sexual, cuyo objetivo es el desarrollo de la vida y de las relaciones personales y no meramente el asesoramiento y la atención en materia de reproducción y de enfermedades de transmisión sexual" (Fondo de Población de las Naciones Unidas, Programa de Acción de la Conferencia Internacional sobre la Población y el Desarrollo, El Cairo, FNUAP, 1995; esta Corte, Tomo 209:341; 213:161, 563).

Asimismo ha señalado que la plena operatividad de este derecho ha sido reconocida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso "Artavia Murillo y otros (fecundación 'in vitro') c. Costa Rica" (sentencia del 28/11/2012) y por el Comité de Derechos Humanos (v.g. Observación General N° 19, art. 23, La familia, 39º período de sesiones, U.N. Doc. HRI/GEN/1/Rev.7, 1990, párr. 5). Asimismo, tales antecedentes ya han sido valorados por esta Corte con anterioridad (Tomo 179:293; 180:407; 204:865; 209:341).

Ahora bien, la Corte Suprema de Justicia de la Nación, al reconocer el carácter fundamental del derecho a la salud y su estrecha vinculación con el derecho a la vida (Fallos: 333:690, entre otros) y del cual forma parte el derecho a la salud reproductiva, establece que no son absolutos sino que deben desplegarse con arreglo a las leyes que reglamentan su ejercicio, en la forma y extensión que el Congreso, en uso de sus facultades propias, lo estime conveniente (arts. 14 y 28 de la CN) a fin de asegurar el bienestar general (Preámbulo), con la única condición de no ser alterados en su sustancia (conf. Fallos: 249:252; 257:275; 320:196; 325:11, entre otros).

En ese razonamiento, la República Argentina ha regulado el derecho a la salud reproductiva al sancionar la Ley 26.862, de

THOMSON REUTERS

LA LEY™

Información confiable
que avala sus argumentos.

PROCESOS COLECTIVOS EN ACCIÓN

VISIÓN Y MISIÓN

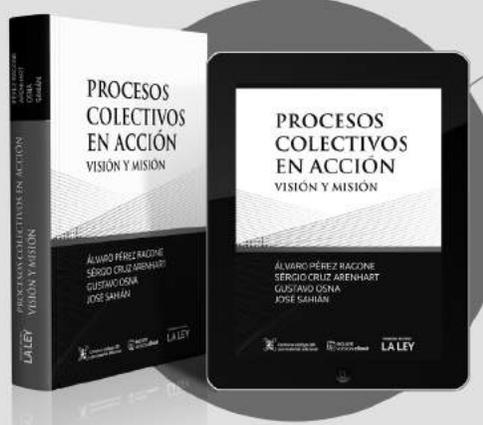
Autores: Álvaro Pérez Ragone • Gustavo Osna • Sérgio Cruz Arenhart • José Sahián



Esta obra contiene códigos QR con material adicional.



1 Tomo
Disponible en papel y eBook.



Esta obra invita a la reflexión sobre la protección colectiva de los derechos, tanto en la Argentina como en otros países de habla hispana y en Brasil. Aborda temas como la necesidad de protección colectiva, derechos meta (trans)individuales, derechos homogéneos y amparo y *habeas corpus* como instrumentos de procesos colectivos, entre otros. Se trata de una obra sumamente oportuna ya que la cuestión de la protección colectiva de los derechos es una de las más importantes en el derecho procesal actual. Las características de la sociedad contemporánea, en la que los derechos pueden ser violados de forma masiva o a través de actos o conductas que causan daños a un gran número de personas, unidas a la imposibilidad de exigir la participación directa de los vulnerados ante el Poder Judicial para que los derechos sean protegidos y la responsabilidad pueda hacerse valer, ha exigido especialmente la reconfiguración de la cosa juzgada, que se vincula exclusivamente a la demanda y a las partes.

Adquirir la obra llamando al
0810-266-4444 o ingresando en
www.tienda.thomsonreuters.com.ar



Seguí nuestra página de  **LinkedIn** con contenido específico para abogados.

THOMSON REUTERS®

ThomsonReutersLaLey 
@TRLaLey 
ThomsonReutersLatam 
ThomsonReutersLatam 

acceso integral a los procedimientos y técnicas médico-asistenciales de reproducción asistida, reglamentada mediante Decreto 956/2013, la que establece quiénes se encuentran obligados a brindar la cobertura, la cantidad de tratamientos a los que una persona puede acceder y cuáles son las prácticas que se encuentran incluidas. Por otra parte, ha dispuesto que los procedimientos y las técnicas de diagnóstico, medicamentos y terapias de apoyo para la reproducción médicamente asistida, regulada en el art. 8º de dicha ley, quedan incluidos en el Programa Médico Obligatorio (PMO).

Por su parte, la Provincia de Salta dictó la Ley 7964 (BO N° 19.927 de fecha 22/12/2016) que tiene por objeto regular el uso de técnicas de reproducción humana asistida (TRHA) por parte de los efectores públicos, dependientes del Ministerio de Salud Pública, y de los prestadores del Instituto Provincial de Salud de Salta (IPS), para promover el desarrollo familiar y controlar la disponibilidad, la eficacia y la seguridad de dichas técnicas (art. 1º). En su art. 9º expresa: "Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro (4) intentos por año. Para las

técnicas de alta complejidad, hasta tres (3) tratamientos en total, con intervalos mínimos de tres (3) meses entre cada uno de ellos...".

4º) Que el número de tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que deben cubrir las obras sociales de conformidad a lo establecido por la Ley Nacional 26.862 y su Decreto Reglamentario 956/2013, ha sido motivo de un prolongado debate en distintos ámbitos jurisdiccionales. La discusión oscilaba entre aquellos pronunciamientos que interpretaron que la ley autorizaba tres intentos de alta complejidad anuales, y los que sostuvieron que debían ser tres en total. Entre esas posiciones, esta Corte había fijado doctrina mayoritaria, en el sentido de que el Instituto Provincial de Salud de Salta debía brindar la cobertura de hasta tres tratamientos de fertilización de alta complejidad, con intervalos de tres meses como mínimo entre cada uno de ellos, y en su caso, si se requiriese nuevos intentos, su procedencia se determinaría en base a los informes médicos pertinentes sobre la necesidad de efectuarlos y a la posibilidad de un resultado favorable que los justifique; sin perjuicio de las facultades de control, auditoría o dirección que le

corresponde a la obra social (conf. esta Corte, Tomo 204:865; 209:341).

5º) Que con posterioridad y ante la promulgación de la Ley Provincial 7964, este Tribunal modificó su criterio y consideró que el debate sobre la cantidad de intentos en cuestión ha quedado definitivamente cerrado; ello así en orden a lo dispuesto por el art. 9º de la mentada ley que establece lo siguiente: “Las técnicas de reproducción humana asistida podrán realizarse con la siguiente frecuencia: para las técnicas de baja complejidad, hasta un máximo de cuatro (4) intentos por año. Para las técnicas de alta complejidad, hasta tres (3)

tratamientos en total...” (esta Corte, Tomo, 213:161).

En este último precedente esta Corte ha recordado que la primera regla de interpretación de las leyes es la búsqueda de la intención del legislador (CSJN, Fallos: 322:2321, entre otros) y la fuente por excelencia para determinar esa voluntad es la letra de la ley (conf. CSJN, Fallos: 312:1098, entre otros), la que debe aplicarse directamente cuando no exige esfuerzo de interpretación (conf. CSJN, Fallos: 324:1740, 3143, 3345; esta Corte, Tomo 213:161), como ocurre con la mentada ley provincial.

6º) Que por ello y atento que el Instituto Provincial de Salud de Salta brindó a la actora la cobertura de los tres tratamientos de fertilización asistida de alta complejidad que prescribe el art. 9º de la Ley 7964, la sentencia que impone nuevos intentos de FIV a cargo del demandado resulta arbitraria.

En consecuencia, corresponde hacer lugar al recurso de apelación interpuesto por el Instituto Provincial de Salud de Salta y revocar la sentencia apelada; en su mérito, rechazar la acción de amparo deducida en autos. Con costas por el orden causado en ambas instancias, en atención a la exis-

tencia de doctrina y jurisprudencia diversa sobre la materia.

Por lo que resulta de la votación que antecede, la Corte de Justicia, resuelve: I. Declarar la inconstitucionalidad del art. 9º de la Ley 7964 y, en su mérito, rechazar el recurso de apelación de fs. 163. Con costas por el orden causado en ambas instancias. II. Mandar que se registre y notifique. — Sergio F. Vittar. — Horacio J. Aguilar. — Sandra Bonari. — Guillermo A. Catalano. — María A. Gauffin. — Pablo López Viñals. — Teresa Ovejero Cornejo. — Adriana Rodríguez Faraldo. — Ernesto R. Samsón.

Última instancia

Corte de Justicia de la Provincia de Salta

Derecho a la salud del niño. Obras sociales

Si bien la legislación de Salta habilita la conformación de un nomenclador especial que el demandado establezca con sus prestadores, su aplicación no puede ocasionar detrimento a la cobertura integral de la salud de los afiliados; ello es así, sin perjuicio de los derechos que de acuerdo con el índice pactado con sus efectores y a las condiciones establecidas convencionalmente, pueda tener la obra social frente a estos. Por lo demás, toda decisión debe tener como horizonte el interés superior del niño.

CJ Salta, 20/09/2021, “S., M. L. por sus propios derechos en representación de su hija L. S. M. (m) c. Instituto Provincial de la Salud s/ amparo s/ recurso de apelación”.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/148935/2021

Riesgos del trabajo

Constituye carga del actor acreditar la relación causal entre la enfermedad invocada y las condiciones laborales que —según postula— implican una larga exposición a factores de riesgo que desencadenaron tal dolencia. En ese sentido, cabe advertir que

aún probado en autos el síndrome varicoso que afecta al recurrente, la documentación arrimada no acredita, de manera alguna, la relación causal directa, inmediata y única entre la afección y el empleo y, en consecuencia, la responsabilidad que se atribuye a las demandadas.

CJ Salta, 04/08/2021, “C., C. M. c. Provincia de Salta; A. ART SA”.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/137548/2021

Superior Tribunal de Justicia de la Provincia de Jujuy

Informes en los procesos que tienden a proteger el ambiente

El informe interdisciplinario requerido por el órgano jurisdiccional de ninguna manera viola el debido proceso legal y, por lo tanto, tampoco su derecho de defensa en juicio, sino que es la misma normativa aplicable en materia ambiental la que prevé la facultad y el deber de mandar a producir toda la prueba tendiente a descubrir si existe daño ambiental, o peligro de que se produzca, sus causas y modos de prevención o de reparación.

ST Jujuy, 09/08/2021, “Posadas, Blanca Lidia c. Agua Potable S. E. s/ amparo”.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/129590/2021

Corte Suprema de Justicia de la Provincia de Tucumán

Régimen penal juvenil

La valoración sobre el éxito o el fracaso del tratamiento tutelar, en tanto medio que conducirá a la absolución o a la imposición de una pena, debe ser con máxima prudencia en el análisis, atento la gravedad tanto de una como de otra consecuencia. Por consiguiente, para evaluar la eficacia de las medidas tutelares, el juez no debe circunscribirse a la mera constatación de la adaptación del adolescente al medio donde se desenvuelve, sino también debe considerar la internalización de la conducta disvaliosa que llevó a cabo. A partir de ello, no parece irrazonable que la Jueza de Menores se haya pronunciado sobre la necesidad de imponer una pena de prisión efectiva a la adolescente, toda vez que advirtió la escasa o nula implicancia subjetiva de la menor con relación al hecho por la cual fue declarada culpable, de lo cual puede extraerse un resultado negativo de las medidas protectorias dispuesta por el juzgado.

CS Tucumán, 05/08/2021, “V. E. R. y C. S. G., C. J. L. A. F. D. s/ homicidio agravado”.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/131711/2021

Impugnación de la pena de prisión perpetua

El recurso de casación no abriga ninguna crítica al decisorio que ataca. Es que se limita a invocar el derecho al recurso, omitiendo controvertir los argumentos del fallo y rebatirlos con seriedad. Precisamente, no puso en crisis ninguno de los fundamentos que llevaron a condenar al defendido a prisión perpetua, puesto que no incorporó cuestionamientos a la solución del caso. Sobre esa base, la escueta presentación realizada por el letrado —apenas supera una carilla de hoja— afectó severamente el derecho a recurrir de su representado, toda vez que no señala los asuntos sobre los cuales este Tribunal debe ejercer su competencia revisora.

CS Tucumán, 03/08/2021, “A., C. A. s/ homicidio agravado (art. 80 inc. 2)”.

Cita online: TR LALEY AR/JUR/131720/2021

Cita on line: TR LALEY AR/DOC/3295/2021

