

FUNDACIÓN  
CIJUSO

REVISTA de artículos de doctrina de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales

# Cuadernos de Cijuso

"El saber nos hace mejores"

## DERECHO DE FAMILIA

El derecho a la identidad en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Por Leandro Martín Merlo

## DERECHO DEL CONSUMIDOR Y

## DERECHOS HUMANOS

El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Tribunal de Derechos Humanos y el derecho a la tutela judicial efectiva

Por Jorge Oscar Rossi

## DERECHOS REALES

El derecho a la vivienda y el usufructo ¿Configura en los convivientes el derecho al acceso al uso y goce del inmueble?

Por María Alejandra Pasquet y Nina Noriega

## RESPONSABILIDAD CIVIL DEL ESTADO

Infracciones de tránsito: Cuando la recaudación como único objetivo se convierte en deber de indemnizar

Por Hugo Mauricio Trigo

Instituto de Capacitación del Colegio de Abogados  
de la Provincia de Buenos Aires



*Desde 1992 capacitando a abogados y estudiantes de Derecho*



Certificados avalados por el  
COLPROBA y la Fundación CIJUSO

**Cursos presenciales**

Solicitados por los Colegios de Abogados

**Cursos a distancia**

A través de nuestra plataforma [www.cijuso-online.org.ar](http://www.cijuso-online.org.ar)

**Convenios**

**Coorganización de jornadas y congresos**

**Formación para personal de los Colegios de abogados**

**Formación básica de mediadores**

**Capacitación continua para mediadores**

**E-books**

**Carreras**

## SECCIONES Y NOVEDADES

Facebook 

 Fundación-Cijuso


CijusoMED AREA DE PREVENCIÓN, GESTIÓN Y RESOLUCIÓN DE CONFLICTOS

 [www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos](http://www.cijuso.org.ar/resoluciondeconflictos)

CURSOS A DISTANCIA EN AULA VIRTUAL

 [www.cijuso-online.org.ar](http://www.cijuso-online.org.ar)

NOVEDADES

 [www.blogcijuso.org.ar](http://www.blogcijuso.org.ar)

Twitter

 @FundacionCijuso

Libros Cijuso

 [www.libroscijuso.org.ar](http://www.libroscijuso.org.ar)

Youtube

 Cijusotv

Google+

 cijusoonline

# Cuadernos de Cijuso

*El Saber nos hace mejores*

Revista de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires

**Dirección editorial:** Jorge Oscar Rossi

**Diseño de tapa:** María Fernanda Garzón Zambrano

[www.cijuso.org.ar](http://www.cijuso.org.ar)

[www.libroscijuso.org.ar](http://www.libroscijuso.org.ar)

Año II - Nº 6 – Diciembre de 2015

Ciudad Autónoma de Buenos Aires, República Argentina

Los CUADERNOS DE CIJUSO tienen como objetivo difundir los trabajos de los docentes, investigadores y alumnos de la Fundación Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires, así como de colaboradores de otras instituciones, con el fin de crear un espacio para el intercambio de ideas. El Consejo Editorial se reserva el derecho a rechazar la publicación de material que no está de acuerdo con estos objetivos. Los autores son responsables de los trabajos firmados.

Está permitida la transcripción de estos artículos, a condición que se cite la fuente, la autoría, no se realicen modificaciones al texto y la publicación no persiga fines comerciales.

**Fundación CiJuSo**

Villanueva 908, CP 1426, Ciudad Autónoma de Buenos Aires, Argentina

Teléfono: (54-11) 4899 -1856 / 4899-1657 Fax: 4899-1656

[info@cijuso.org.ar](mailto:info@cijuso.org.ar)

# Cuadernos de Cijuso

Autoridades de la Fundación CiJuSo

**Presidente:** Dr. Gerardo Rafael SALAS (Bahía Blanca)

**Secretario:** Dr. Guillermo Ernesto SAGUES (San Isidro)

**Tesorero:** Dr. Eduardo Gabriel SREIDER (Moreno-Gral. Rodríguez)

**Prosecretario:** Dra. Adriana Cecilia COLIQUEO (Avellaneda-Lanús)

**Protesorero:** Dr. Damián Alcides PIMPINATTI (Pergamino)

**Vocales:** Dr. Sergio Gustavo VOLANTE (Azul)

Dr. Mateo LABORDE (Mercedes)

## **Director Académico**

Dr. Adrián Sergio CETRANGOLO

## **Secretario de Investigación**

Dr. Justino Mario BERTOTTO

## **Director de Capacitación a Distancia y Publicaciones**

Dr. Jorge Oscar ROSSI

# Índice

## **Derecho de Familia**

**El derecho a la identidad en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida**

Por Leandro Martín Merlo

Pág. 7

## **Derecho del Consumidor y Derechos Humanos**

**El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Tribunal de Derechos Humanos y el derecho a la tutela judicial efectiva**

Por Jorge Oscar Rossi

Pág. 14

## **Derechos Reales**

**El derecho a la vivienda y el usufructo ¿Configura en los convivientes el derecho al acceso al uso y goce del inmueble?**

Por María Alejandra Pasquet y Nina Noriega

Pág. 30

## **Responsabilidad Civil del Estado**

**Infracciones de tránsito: Cuando la recaudación como único objetivo se convierte en deber de indemnizar**

Por Hugo Mauricio Trigo

Pág. 40

## Derecho de Familia

### El derecho a la identidad en la filiación derivada de las técnicas de reproducción humana asistida

Por Leandro Martín Merlo<sup>1</sup>

**Resumen:** *El deber del ordenamiento legal positivo es ponderar y evaluar los intereses en juego. En pro del efectivo funcionamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la eficacia de ellas, resulta razonable no otorgarle al niño nacido mediante dichas técnicas acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante. Sin embargo, su derecho inalienable a conocer su identidad biológica no es siquiera discutible. Con arreglo al principio del interés superior del niño, el nuevo Código Civil y Comercial debería consagrar expresamente el derecho de todo nacido mediante TRHA, con edad y grado de madurez suficiente, a obtener de modo ilimitado la información completa acerca de sus orígenes: sus lazos genéticos y su modo de concepción, incluida la individualización del donante de gametos.*

#### 1. Planteo de la cuestión

Si bien es loable que la legislación argentina haya dado pasos decisivos en pro de tutelar todas las variantes de modelos de familias, y las nuevas posibilidades que el avance de la ciencia ha permitido en materia de procreación, ciertas estipulaciones introducidas por el nuevo CCCN en referencia a las TRHA como nuevo tipo filial atentan directamente contra el derecho a la identidad de los nacidos bajo este régimen.

El primer punto crítico aparece cuando tratamos de determinar cuáles resultan ser los intereses protegidos y cuáles *deberían serlo*.

Resulta evidente que el criterio adoptado es absolutamente adulto céntrico y con la exclusiva mirada en la necesidad o el deseo de ser padre o madre, sin tener en consideración los derechos del niño que ha de nacer conforme a estas prácticas, especialmente en lo referente a su derecho a la identidad, a conocer su origen, cuyo ejercicio queda supeditado a determinadas circunstancias.

#### 2. La identidad como derecho tutelado

El derecho a la identidad es uno de los derechos fundamentales que debe reconocerse al ser humano. Se lo considera como prioritario, esencial, ya que sin él se ven menoscabados otros derechos fundamentales que han sido reconocidos por los juristas en el último siglo. Se deriva de la dignidad inherente al ser humano, perteneciéndole a todas las personas sin

---

<sup>1</sup> Abogado. Especialista en derecho de familia. Profesor adjunto UAI Derecho de Familia, Profesor adjunto UAI Derecho Sucesorio, y Jefe de Trabajos Prácticos UBA Familia y Sucesiones. Docente de la Fundación CIJUSO. La presente ponencia fue presentada en la Comisión 6, Familia: "Identidad y filiación", de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar los días 1, 2 y 3 de Octubre de 2015 en Bahía Blanca.



discriminación, estando en manos del Estado la obligación de garantizarlo mediante la ejecución de todos los medios que disponga para hacerlo efectivo.

Así, de hecho, lo ha entendido la SCBA: "Es la propia sociedad la que ha encargado al Estado tanto nacional como provincial la adopción de expresas y efectivas acciones positivas tendientes a determinar la identidad de origen, filiatoria y familiar de los individuos, y en especial, de los niños".<sup>2</sup>

Se trata de un derecho humano complejo, que comprende derechos correlacionados: el derecho a un nombre propio, a conocer la propia historia filial, al reconocimiento de la personalidad jurídica y a la nacionalidad.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos lo ha definido "como el conjunto de atributos y características que permiten la individualización de la persona en sociedad y, en tal sentido, comprende varios otros derechos según el sujeto de derechos de que se trate y las circunstancias del caso"<sup>3</sup>. Siguiendo la misma idea, afirma que "la identidad personal está íntimamente ligada a la persona en su individualidad específica y vida privada, sustentadas ambas en una experiencia histórica y biológica, así como en la forma en que se relaciona dicho individuo con los demás, a través del desarrollo de vínculos en el plano familiar y social. Es por ello que la identidad, si bien no es un derecho exclusivo de los niños y niñas, entraña una importancia especial durante la niñez".<sup>4</sup>

Hay que destacar, que se cataloga así, al derecho a la identidad del menor como un interés jurídico superior que prevalece sobre otros intereses jurídicos, ya sean, terceros, sus padres o el mismo Estado.

Ya nuestra Constitución Nacional de 1853 contuvo disposiciones protectoras del derecho a la identidad. La cláusula de garantía del art.33 lo reconoce implícitamente; y en el art 75, sus inc. 17 y 19 consagran la importancia de respetar la identidad cultural de las provincias y de los pueblos indígenas.

Sin embargo, es en la reforma de 1994 que se introducen elementos trascendentales para la protección este derecho. Allí, se lo recepta explícitamente en el art.75 inc. 22 CN a través de diversos instrumentos internacionales incluidos y dotados, por tanto, de jerarquía constitucional, tales como: la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y, especialmente, la Convención sobre los Derechos del Niño.

Éste último es el mayor referente de protección. En su art. 8, la Convención sobre los Derechos del Niño, establece expresamente que: "Los Estados Partes, se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas".

Consagra además, el principio del interés superior del niño. Así, su art. 3, inc. 1 establece que "En todas las medidas concernientes a los niños que tomen las instituciones

---

<sup>2</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES. "F. S. B. c/G. G. D. s/ Filiación" – 27/8/2008.

<sup>3</sup> CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Gelman vs Uruguay", 24 de Febrero de 2011, n°122.

<sup>4</sup> CORTE INTERNACIONAL DE DERECHOS HUMANOS, "Fornerón e Hija vs Argentina", 27 de Abril de 2012. Caso n°242



públicas o privadas de bienestar social, los tribunales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, *una consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño*".

Este principio garantista es un eje fundamental en nuestro sistema legal. "Su importancia y trascendencia jurídica resulta indiscutida en el estado actual de las leyes, así como en la doctrina autoral y jurisprudencial. La Corte Suprema de Justicia de la Nación lo aplica reiteradamente, [...] con el alcance prescripto en el derecho positivo, particularmente por imperio de lo establecido en la Convención sobre los Derechos del Niño que lo consagra expresamente"<sup>5</sup>

La introducción de los textos de los derechos humanos, sociales y culturales indudablemente amplía en mucho el espectro de la protección del derecho a la identidad.

Tal como se ha sostenido, "la Convención de los Derechos del Niño, no sólo integra el derecho interno, sino que además tiene rango supralegal luego de la reforma de la Carta Magna de la Nación producida en 1994 (art. 75 inc. 22), por lo que no puede invocarse ninguna norma doméstica que eventualmente contradiga lo allí establecido (art. 27, Conv. de Viena). Desde esa perspectiva parece baladí reiterar que dicho documento internacional confiere a los niños el derecho a conocer su filiación de origen (art. 7) y su identidad (art. 8)".<sup>6</sup>

De más está aclarar, que preservar la identidad del niño equivale a un derecho que obviamente acompaña a la persona en todas sus etapas de vida y que no se limita a un mínimo de edad.

### **3. Las Técnicas de Reproducción Humana Asistida como nuevo tipo filial y los conflictos jurídicos envueltos**

#### **3.1. Verdad biológica vs. Voluntad procreacional**

Si se analizan los tipos filiatorios según se encuentran regulados en el nuevo Código Civil y Comercial notamos que, tanto en la filiación por naturaleza como en la filiación por adopción, rige el principio de la "verdad biológica". No así, en la filiación mediante TRHA, que prioriza el elemento volitivo.

En este sentido, el art. 562 CCCN establece como regla general que "Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre [...], con independencia de quien haya aportado los gametos".

---

<sup>5</sup> SOLARI, Néstor. *Aplicación del interés superior del niño en fallos de la Corte Suprema*. Thomson Reuters. 17 de Junio de 2013. [en línea] Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/articulos-de-opinion/17/06/2013/doctrina-del-dia-aplicacion-del-interes-superior-del-nino-en-fallos-de-la-corte-suprema>. Consultado el 21/04/2015

<sup>6</sup> SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA PROVINCIA DE BUENOS AIRES, "R., M. E. c/ M., G.R. sobre Filiación" - C. 95.848 - 25/3/2009.

La mujer<sup>7</sup> que da a luz mediante dichas técnicas será la “madre” legal: el artículo 565 CCCN establece que la maternidad se determina por dos hechos - la prueba del nacimiento y la identidad del nacido- sólo resulta aplicable a la filiación por naturaleza.

Asimismo, será considerado “padre” o “madre” aquel que cumplió con el requisito del consentimiento previo estipulado en los artículos 560 y 561 “Los nacidos por las técnicas de reproducción humana asistida son hijos de quien dio a luz y del hombre o de la mujer que también ha prestado su consentimiento previo, informado y libre..” (Art. 562)

Tal como se advierte, la determinación de la filiación (en estos casos de TRHA) ya sea matrimonial o extramatrimonial, se deriva del hecho del parto y la identidad del nacido por una parte, y por otro a través del consentimiento previo, informado y libre. Éste no hace más que reflejar o instrumentar la denominada "voluntad procreacional" que es el eje del nuevo esquema filiatorio del CCCN, modificando la idea de la verdad biológica como estándar de protección legal.

Si dicho consentimiento no existiera o estuviera viciado, sólo habrá emplazamiento respecto la madre que dio a luz y el nacido deberá emplazar al otro progenitor biológico.

Es que en el caso de filiación matrimonial, la presunción de filiación respecto el cónyuge de quien da a luz estando casado “no rige en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida si el o la cónyuge no prestó el correspondiente consentimiento previo, informado y libre” (Art. 566)

Y en el caso de la filiación extramatrimonial mediante TRHA la determinación de la filiación se deriva del consentimiento previo, informado y libre. (Art. 575)

Se dice que la voluntad procreacional es el elemento central y fundante en estas técnicas, porque es lo que determinará el vínculo jurídico, con total independencia del material genético.

Para darle coherencia al sistema, el CCCN establece de modo genérico que no es admisible la impugnación de la filiación matrimonial o extramatrimonial de los hijos nacidos mediante el uso de TRHA cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre a dichas técnicas con independencia de quién haya aportado los gametos. No se admite el reconocimiento ni el ejercicio de acción de filiación o de reclamo alguno de vínculo filial respecto de éste. (Art. 577)

Luego, al regular cada acción de impugnación de la filiación, el CCCN establece en relación a cada una, que “Esta disposición no se aplica en los supuestos de técnicas de reproducción humana asistida cuando haya mediado consentimiento previo, informado y libre, con independencia de quienes hayan aportado los gametos.” (Arts. 582, 589, 591. 592, 593)

En función a este escenario se infiere que el criterio adoptado es absolutamente adulto céntrico.

### **3.2. Derecho a conocer los orígenes vs. el anonimato en la donación de gametos.**

---

<sup>7</sup> También puede dar a luz quien fuera mujer y hubiera cambiado legalmente su género a hombre, ya que el artículo 562 no menciona a la “mujer” sino a “quien dio a luz”.

En relación al derecho a la información de las personas nacidas por técnicas de reproducción asistida, el CCCN establece que si se realizó con gametos de un tercero debe constar en el correspondiente legajo base para la inscripción del nacimiento. (Art. 563)

El art. 564 define cual será el contenido de la información a la que tendrá acceso el concebido:

"A petición de las personas nacidas a través de las técnicas de reproducción humana asistida, puede:

a) obtenerse del centro de salud interviniente información relativa a datos médicos del donante, cuando es relevante para la salud;

b) revelarse la identidad del donante, por razones debidamente fundadas, evaluadas por la autoridad judicial por el procedimiento más breve que prevea la ley local".

Como se observa, si bien el principio es mantener el anonimato del donante, se prevé la posibilidad de acceder a la información no identificatoria a través del centro médico cuando sea relevante para la salud; O por vía judicial, a la información identificatoria por razones debidamente fundadas y evaluadas por el juez interviniente. Se restringe, entonces, el derecho a conocer el origen biológico, pues supedita su ejercicio a determinadas circunstancias.

Quienes justifican el anonimato, se basan en argumentos como: la conveniencia de que el hijo no posea legitimación para impugnar la paternidad o reclamar la filiación respecto del donante; evitar una posible pretensión del nacido de demandar al donante ante algún problema de salud de origen genético; O quizás la posibilidad de que sea el donante quien quiera eventualmente, conocer y tomar contacto con el nacido y todo el daño psíquico que esto podría generar.

Estos fundamentos, sin embargo, no alcanzan a soslayar el valor eminente que toda persona tiene de conocer sus propios orígenes biológicos. La posibilidad de que se le permita al nacido acceder a su origen genético no se sigue necesariamente que este dispondrá de la acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante.

Y aquí está el quid de la cuestión.

No debe confundirse el derecho fundamental y personalísimo del niño a conocer su identidad biológica -su origen-, con el derecho a poseer acción jurídica contra el donante a fin de reclamarle, por ejemplo, un emplazamiento filial, que en todo caso dependerá de una cuestión de política legislativa.

En todo proceso debería primar la verdad jurídica. El derecho a obtener la verdad completa acerca de sus orígenes no es materia opinable, sino un derecho inalienable.

### **3.3. El derecho a la intimidad**

Según el artículo 19 de la Constitución Nacional, "las acciones privadas de los hombres que de ningún modo ofendan al orden y a la moral pública, ni perjudiquen a un tercero, están sólo reservadas a Dios, y exentas de la autoridad de los magistrados". A partir de ello, se afirma que el ejercicio de la procreación humana es parte integrante de la intimidad.

Ahora bien, cuando la procreación es por medios naturales, esto es indiscutible. Sin embargo, ésta solución no resulta aplicable a la procreación por medios artificiales.

Coincidimos en que “El Estado no debe interferir cuando se ejerce la libertad de procrear por medios naturales, o sea, cuando acontece la reproducción humana en la intimidad; pero no es lo mismo si se acude a métodos artificiales con el auxilio y el concurso institucionalizado de los médicos y los centros de fertilización que operan en el país; ámbito en el que está comprometida la responsabilidad de la sociedad toda, por lo que la cuestión se veda aquí de la mera privacidad”.<sup>8</sup>

Resulta insuficiente, por tanto, utilizar el argumento de la intimidad familiar con el fin de restringir el derecho del nacido a conocer sus orígenes: engendrar un hijo es una acción privada autorreferente sólo en cuanto a la decisión procreativa originaria. De ahí en más concebido el hijo, ninguna supuesta intimidad o privacidad -ni el padre, ni la madre, ni ambos en común- puede alegarse para frustrar los derechos del hijo -ni durante su gestación, ni después de nacido.

### **3.4. El derecho de igualdad**

En lo referente al derecho a la identidad, la desigualdad apuntada se confirma al compararse los tipos filiatorios entre sí.

A los hijos adoptados el nuevo CCCN les garantiza el derecho a conocer los datos relativos a su origen, y el acceso al expediente judicial y administrativo con la mayor cantidad de datos posibles en cuanto a su identidad y datos de la familia de origen (art. 596 CCCN). Esto no sucede con los niños concebidos con gametos de un tercero donante. A estos solo se les acuerda un derecho restringido a la información (art. 564 CCCN).

Por otra parte, mientras que en la filiación por naturaleza la maternidad y paternidad puede impugnarse (arts. 588 y sigs. CCCN) y el hijo tiene acciones para reclamar su filiación (art. 582 y sigs. CCCN), los niños nacidos por técnicas de reproducción asistida, no poseen ninguna de ellas si ha mediado el consentimiento previo (art. 577 CCCN)

Al introducirse la "voluntad procreacional" como elemento central y fundante para el emplazamiento filial, se está incorporando una distinción entre los niños otorgándoles más o menos derechos en función del modo en que han sido concebidos. Violando principios constitucionales y consagrados en tratados internacionales a los cuáles nuestro país ha adherido expresamente.

### **4. La aplicación del principio del interés superior del niño como solución adecuada a las cuestiones expuestas**

Más allá de que pueden darse situaciones en las que lo mejor sería no priorizar el vínculo biológico, ésta no debe ser la regla sino una mera excepción y de acuerdo a las circunstancias debidamente evaluadas. En definitiva, lo que siempre habría que valorarse es el interés supremo del niño en cada caso particular.

---

<sup>8</sup> MIZRAHI, Mauricio Luis. *El niño y la reproducción humana asistida*, LA LEY, 30/08/2010.

Desde que se le ha dado jerarquía constitucional a la Convención sobre los Derechos del Niño, el principio de interés superior del niño (art. 3 CDN) es un criterio fundamental en nuestro ordenamiento jurídico y un pilar en el derecho de familia. Por consiguiente, en los casos de controversias entre derechos de niños y derechos de adultos, la cuestión debe resolverse en favor de los primeros.

El derecho del hijo a conocer su verdadera identidad debe estar por encima de la voluntad y del derecho de los padres y los donantes a resguardar su intimidad.

## **5. Conclusiones**

Los avances tecnológicos están trayendo soluciones a problemas que durante mucho tiempo han afligido a los seres humanos. Sin embargo, cada avance tecnológico presenta a su vez nuevos desafíos a resolver, en donde el Derecho como ciencia social debe intervenir para regularlas.

Lo anterior no significa que el Derecho deba intervenir para negar, para impedir, para obstaculizar, sino más bien para llevarnos a un resultado óptimo que evite los problemas originados en el mal uso de las nuevas tecnologías, y en el caso que nos ocupa, proteger de manera integral al ser humano.

Tal como se ha expuesto, al analizar las TRHA como nuevo tipo filial, nos encontramos frente a un instituto regulado de forma tal que no responde al interés superior del niño, siguiendo un criterio absolutamente adulto céntrico. No sólo se desplaza el principio de la verdad biológica por la voluntad procreacional, sino que además se limita al nacido el acceso pleno identidad biológica.

El deber del ordenamiento legal positivo es ponderar y evaluar los intereses en juego. En pro del efectivo funcionamiento de las Técnicas de Reproducción Humana Asistida y la eficacia de ellas, resulta razonable no otorgarle al concebido mediante aquellas técnicas acción jurídica que lo habilite a impugnar su filiación o demandar al donante. Sin embargo, su derecho inalienable a conocer su identidad biológica no es siquiera discutible.

El principio del interés superior del niño es aceptado de manera unánime por toda nuestra doctrina. Parece contradictorio que defendiéndose la preeminencia del interés reconocido no se siga éste hasta sus últimas consecuencias, y se pretenda soslayarlo en base a otras consideraciones de poca fuerza jurídica.

## **6. Propuesta de lege ferenda**

Por todo lo expuesto, se propone de *lege ferenda*, lo siguiente:

- El CCCN debe consagrar de manera expresa el derecho de todo nacido mediante técnicas de reproducción humana asistida, con edad y grado de madurez suficiente, a obtener la verdad completa a cerca de sus orígenes: sus lazos genéticos y su modo de concepción, incluida la individualización del donante de gametos.

- Lo anterior debe coordinarse otorgándole expresamente al concebido mediante las TRHA, la posibilidad de accionar contra su progenitor biológico al sólo efecto de conocer su identidad sin limitación alguna.

~~

## Derecho del Consumidor y Derechos Humanos

### El Tribunal de Justicia de la Unión Europea como Tribunal de Derechos Humanos y el derecho a la tutela judicial efectiva <sup>1</sup>

Por Jorge Oscar Rossi<sup>2</sup>

(A propósito de los casos **Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)**, SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), del 14 de marzo de 2013 y **Sánchez Morcillo Juan Carlos y García María del Carmen Abril contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.**, SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), del 17 de julio de 2014.)

#### CONSIDERACIONES PRELIMINARES: DERECHOS DEL CONSUMIDOR Y DERECHOS HUMANOS

Una de las características distintivas del **Derecho del Consumidor** es que se trata de una disciplina que estudia la regulación jurídica de las conductas de individuos que se relacionan económicamente en condiciones de **desequilibrio sistémico**, (en el sentido de "propio del sistema").

Dicho de otra manera, esta disciplina se ocupa de la regulación de conductas en un sistema de producción y distribución *masificado* de bienes y servicios **en el cual los individuos intervinientes no están en igualdad de condiciones**.

**Consideramos que esta desigualdad no se da como un fenómeno ocasional, raro o extraordinario, sino que es lo común y esperable.** Por eso decimos que se trata de un "desequilibrio sistémico" (reiteramos, en el sentido de "un desequilibrio propio del sistema").

---

<sup>1</sup> La versión original de este artículo, con ligeras modificaciones, fue presentada en febrero de 2015 como trabajo final en el Seminario de Derechos Humanos y Sistemas Internacionales de Protección del Doctorado en Ciencias Jurídicas de la Facultad de Derecho, Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad de Morón.

<sup>2</sup> Abogado (U.B.A.) Profesor Titular de "Régimen Jurídico de los Consumidores y Usuarios", Adjunto Regular de Contratos Civiles y Comerciales y Adjunto de Obligaciones Civiles y Comerciales en la Universidad Abierta Interamericana. Director de Capacitación a Distancia y docente de la Fundación de Ciencias Jurídicas y Sociales del Colegio de Abogados de la Provincia de Buenos Aires. Autor, entre otras publicaciones, de "Derecho de los Consumidores y Usuarios" (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La "Sociedad de Consumo Individual", la "Sociedad de Consumo Masificado" y la "Sociedad de Prosumo"), de Editorial CIJUSO, año 2014, "Responsabilidad Civil Médica", Ediciones D&D, año 2011, "Responsabilidad Civil & Daños", Ediciones D&D, segunda edición, año 2009, "Contratos, Paso a Paso", Ediciones D&D, año 2008 y "Derecho del Consumidor", Editorial Alveroni, año 2009, este último junto con el Dr. Luis R. Carranza Torres.

Coincidimos con Tambussi en que "el derecho del consumidor es, sin duda, un vehículo social de protección general, vinculado a derechos elementales de la persona humana, encuadrados dentro del marco de lo que llamamos derechos humanos".<sup>3</sup>

Dicho de otra manera, el "consumidor", como categoría, comprende a todas las personas humanas<sup>4</sup>, sin distinción de condición social o económica y, por otro lado, los "derechos del consumidor" (a la información, seguridad, salud, trato digno, elección, acceso al consumo, tutela judicial efectiva, etc.) no se agotan en la protección patrimonial del usuario-consumidor, sino que incluyen la faz extrapatrimonial, pues tutelan su dignidad y calidad de vida.

A nivel internacional, las "Directrices de las Naciones Unidas para la protección del consumidor (en su versión ampliada de 1999)"<sup>5</sup> presentan un listado de derechos de los consumidores y usuarios, destinado a la protección de los consumidores frente a los riesgos para su salud y su seguridad, la promoción y protección de sus intereses económicos, el acceso a la información adecuada, su educación, "incluida la educación sobre la repercusión ambiental social y económica que tienen las elecciones del consumidor" y la promoción de modalidades sostenibles de consumo, entre otros<sup>6</sup>.

En el presente trabajo nos enfocaremos en el Derecho de la Unión Europea, limitándonos a analizar el tratamiento dado al derecho a la tutela judicial efectiva de los consumidores por parte del Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE) en los asuntos "Aziz" y "Sánchez Morcillo".

### **INTRODUCCIÓN: Breve comparación entre el ordenamiento jurídico nacional y el de la Unión Europea en materia de derecho del consumidor y tutela judicial efectiva**

A nivel nacional, el art. 1º de la ley 24.240 define al consumidor o usuario como "toda persona física o jurídica que adquiere o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social". Identica definición obtenemos del art. 1092 del Código Civil y Comercial.<sup>7</sup>

Por su parte, y sin brindar una definición de "consumidor", la Constitución Nacional, en su art. 42, le reconoce el derecho "*a la protección de su salud, seguridad e intereses económicos; a una información adecuada y veraz; a la libertad de elección, y a condiciones de trato equitativo y digno*", y prescribe que la "*legislación establecerá procedimientos eficaces para la prevención y solución de conflictos*" en los que sean parte.

---

<sup>3</sup> Tambussi, Carlos Eduardo, Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos. En Gordillo, Agustín Alberto y otros, Derechos Humanos, Fund. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, 6º edición, pág. 396.

<sup>4</sup> Sin perjuicio de que algunos ordenamientos jurídicos, como el nuestro, también incluyen a las personas jurídicas.

<sup>5</sup> En Internet: [http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption\\_sp.pdf](http://www.consumersinternational.org/media/33875/consumption_sp.pdf) Consultado: 05/02/15

<sup>6</sup> Lo anterior, conforme surge del punto 3 de las "Directrices", referido a las "necesidades legítimas que las directrices procuran atender"

<sup>7</sup> "Art. 1092: ...Se considera consumidor a la persona humana o jurídica que adquiere o utiliza, en forma gratuita u onerosa, bienes o servicios como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social."



Comparando nuestra normativa con la vigente en la Unión Europea, podemos observar que, con un criterio más estricto que el de la ley 24.240, la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, (en adelante, la Directiva 93), define al consumidor como “*toda persona física que, en los contratos regulados por la presente Directiva, actúe con un propósito ajeno a su actividad profesional;*” (conf. Art. 2, inc. b).

Como puede apreciarse, la Directiva 93 solo considera consumidor **a personas físicas**, a diferencia de nuestro ordenamiento positivo, que incluye a las jurídicas.

Además, por el Artículo 7 de la Directiva 93

“1. Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, **existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.” (la negrita nos pertenece)

Por otro lado, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (En adelante, la Carta), se refiere a los consumidores en su capítulo IV, aunque de modo harto escueto.

En efecto, en el artículo 38, se limita a enunciar que “*Las políticas de la Unión garantizarán un alto nivel de protección de los consumidores*”.

Con todo, entendemos importante la norma en cuestión por lo siguiente:

a) **Consagra al derecho a la protección o defensa de los consumidores como un Derecho Fundamental.** Cabe destacar que, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, en diciembre de 2009, la Carta adquirió el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

b) Se menciona este derecho dentro del Capítulo IV, titulado “SOLIDARIDAD”, junto con temas relativos al Derecho laboral (arts. 27 a 32) familiar (art. 33), de la Seguridad Social (art. 34), de la Salud (art. 35) servicios de interés económico general (art. 36), y protección del medio ambiente (art. 37). Entendemos que el **principio de solidaridad se proclama como herramienta de protección de la parte débil** (trabajador, pensionado, paciente, habitante en un entorno ambientalmente desfavorecido, consumidor, etc.) quien, por si solo y en forma aislada no puede lograr una efectiva defensa y ejercicio de sus derechos e intereses. Vale decir que se proclama al principio de solidaridad como herramienta para compensar las condiciones de desequilibrio sistémico que mencionábamos supra.

c) El artículo 38 de la Carta debe complementarse con el 47, que consagra el “Derecho a la tutela judicial efectiva”, en los siguientes términos:

“Toda persona cuyos derechos y libertades garantizados por el Derecho de la Unión hayan sido violados tiene derecho a la tutela judicial efectiva respetando las condiciones establecidas en el presente artículo.

Toda persona tiene derecho a que su causa sea oída equitativa y públicamente y dentro de un plazo razonable por un juez independiente e imparcial, establecido previamente por la ley. Toda persona podrá hacerse aconsejar, defender y representar.

Se prestará asistencia jurídica gratuita a quienes no dispongan de recursos suficientes siempre y cuando dicha asistencia sea necesaria para garantizar la efectividad del acceso a la justicia.”

A su turno, la norma citada debe interpretarse y complementarse con el resto de las disposiciones que constituyen lo que podría llamarse el “Derecho de la Unión Europea”.

Por ejemplo, el art. 19 del Tratado de la Unión Europea, del que nos ocuparemos en breve, y el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, dado que esta norma dispone que “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, **existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

## **COMPETENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS**

Expresa Teresa Freixes Sanjuán que "(c)onsciente de que la aplicación del Derecho comunitario en numerosas ocasiones podía entrar en colisión con derechos fundamentales, el TJCE, dado que los Tratados originarios únicamente incluían lo que se denominaron las "libertades fundamentales" de naturaleza básicamente económica, **comenzó a configurar los derechos fundamentales bajo la técnica de reconocerlos como principios generales del Derecho comunitario**. Al no existir en los Tratados una "declaración" o una sistematización de derechos fundamentales, éstos fueron "extraídos" por el TJCE del Convenio Europeo de Derechos Humanos y de las tradiciones constitucionales comunes a los estados miembros mediante unos reenvíos que fueron progresivamente sentando jurisprudencia." <sup>8</sup> (la negrita nos pertenece)

Describe así la autora a la labor pretoriana del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea (TJCE), ahora Tribunal de Justicia de la Unión Europea (TJUE), en pos de receptar, interpretar y aplicar los Derechos Fundamentales, mucho antes de que la Carta adquiriera, con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, el mismo carácter jurídico vinculante que los Tratados.

Por su parte, José Antonio Sánchez Santana <sup>9</sup> pone como tempranos ejemplos de esta labor judicial, a los asuntos "Stauder" y Nold", resueltos por el Tribunal en 1969 y 1974, respectivamente.

## **LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA EN LA JURISPRUDENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA DE LA UNION EUROPEA**

En casos anteriores a los que constituyen el objeto principal de este trabajo, el TJUE ya había señalado que “El **principio de tutela judicial efectiva** es un **principio general del**

---

<sup>8</sup> Teresa Freixes Sanjuán "DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA.EVOLUCIÓN Y PROSPECTIVA: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. Publicado en la Revista de Derecho Constitucional Europeo nº 4, 2005. En Internet: [http://let-131-198.uab.es/CATEDRA/images/materials/derechos\\_eu.doc](http://let-131-198.uab.es/CATEDRA/images/materials/derechos_eu.doc) . Consultado: 04/02/15

<sup>9</sup> José Antonio Sánchez Santana, "EL CAMINO HACIA LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA". Saber, ciencia y libertad, ISSN 1794-7154, Vol. 5, Nº. 2, 2010, págs. 53-66. En Internet: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3996520.pdf> . Consultado: 04/02/15

**Derecho comunitario**, que resulta de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros, que ha sido consagrado en los artículos 6 y 13 del Convenio Europeo de Derechos Humanos y que también ha sido reafirmado en el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.”<sup>10</sup> (la negrita nos pertenece)

Este principio reconoce, según el TJUE, dos aspectos:

a) El principio de **equivalencia**: La regulación procesal nacional de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe ser **menos favorable** que la referente a recursos semejantes de naturaleza interna.

b) El principio de **efectividad**: La regulación procesal nacional de las acciones destinadas a garantizar la tutela de los derechos que el ordenamiento jurídico comunitario confiere a los justiciables no debe hacer imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos conferidos por el ordenamiento jurídico comunitario.<sup>11</sup>

Expresado de otra manera, el Derecho comunitario exige que la normativa nacional “no atente contra el derecho a una tutela judicial efectiva (véanse, en particular, las sentencias de 11 de julio de 1991, Verholen y otros, C-87/90 a C-89/90, Rec. p. I-3757, apartado 24, y Safalero, antes citada, apartado 50). Así, corresponde a los Estados miembros prever un sistema de vías de recurso y de procedimientos que permita garantizar el respeto del derecho a la tutela judicial efectiva (sentencia Unión de Pequeños Agricultores/Consejo, antes citada, apartado 41).”<sup>12</sup>

Destaca Huelín Martínez de Velasco<sup>13</sup> que el derecho a la tutela judicial efectiva no surge únicamente del art. 47 de la Carta, el que, en palabras de este autor, “reconoce a todos su efectiva prestación para la defensa de los derechos y libertades que les reconoce el ordenamiento de la Unión, a través de un procedimiento equitativo y público, seguido en un plazo razonable ante un juez independiente e imparcial, previamente establecido en la ley. La garantía incluye el derecho a ser defendido y representado en juicio, de forma gratuita si fuere menester para garantizar la efectividad del acceso a la justicia”.

Además de lo anterior, el tema encuentra regulación en el art. 19 del Tratado de la Unión Europea, el que, “al describir el papel del Tribunal de Justicia de la Unión Europea le atribuye en el primer párrafo de su apdo. 1 la tarea de **garantizar el respeto del derecho en la interpretación y en la aplicación de los tratados**. Y a renglón seguido, en el siguiente párrafo, **obliga a los Estados miembros a establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva** en los ámbitos cubiertos por el derecho de la Unión.”<sup>14</sup> (la negrita nos pertenece)

---

<sup>10</sup> Asunto C-432/05, Unibet (London) Ltd y Unibet (International) Ltd contra Justitiekanslern (Petición de decisión prejudicial planteada por el Högsta domstolen) Sentencia del Tribunal de Justicia (Gran Sala) de 13 de marzo de 2007, apartado 37.

<sup>11</sup> Ídem nota anterior, conforme apartado 43.

<sup>12</sup> Ibídem, conforme apartado 42.

<sup>13</sup> Huelín Martínez de Velasco, Joaquín: “El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión”. Artículo publicado en la “Revista de Jurisprudencia”, número 4, el 24 de noviembre de 2011. En Internet:

[http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa-reflexion\\_11\\_339430003.html](http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa-reflexion_11_339430003.html) ) Consultado 04/02/15

<sup>14</sup> Ídem nota anterior

Por lo tanto, añadimos, puede observarse este derecho a la tutela judicial efectiva desde dos dimensiones:

1) Como "garantía fundamental, positivamente reconocida"

2) Como "derecho fundamental de prestación", en el sentido de una norma positiva que "limita la soberanía de los Estados miembros, exigiéndoles un determinado modus operandi" (En el caso concreto, imponiendo una prestación de hacer: los Estados miembros **deben** establecer las vías de recurso necesarias para garantizar la tutela judicial efectiva)

## LOS CASOS A ESTUDIO

### a) EL CASO "AZIZ"

Asunto C-415/11 "**Mohamed Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (Catalunyacaixa)**, SENTENCIA DEL TRIBUNAL DE JUSTICIA (Sala Primera), del 14 de marzo de 2013".<sup>15</sup>

El caso llega al TJUE en virtud de una petición de decisión prejudicial que tiene por objeto la interpretación de la Directiva 93.

Esta petición se planteó en el marco de un litigio entre el Sr. Aziz y Caixa d'Estalvis de Catalunya, Tarragona i Manresa (en adelante, "Catalunyacaixa"), relativo a la validez de determinadas cláusulas de un contrato de préstamo hipotecario celebrado entre dichas partes.

## LAS CUESTIONES PREJUDICIALES Y EL TJUE

Respecto de las llamadas "cuestiones o decisiones prejudiciales", el Tratado de la Unión Europea (TUE), prescribe que el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará, con carácter prejudicial, a petición de los órganos jurisdiccionales nacionales, sobre la interpretación del Derecho de la Unión o sobre la validez de los actos adoptados por las instituciones (art. 19, párr 3 inc. b TUE)

A su turno, el Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea (TFUE), dispone en su art. 267:

*"El Tribunal de Justicia de la Unión Europea será competente para pronunciarse, con carácter prejudicial:*

*a) sobre la interpretación de los Tratados;*

*b) sobre la validez e interpretación de los actos adoptados por las instituciones, órganos u organismos de la Unión;*

---

<sup>15</sup> Disponible en Internet:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=135024&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=122682> (Consultado: 05/02/15)

*Cuando se plantee una cuestión de esta naturaleza ante un órgano jurisdiccional de uno de los Estados miembros, dicho órgano podrá pedir al Tribunal que se pronuncie sobre la misma, si estima necesaria una decisión al respecto para poder emitir su fallo.*

*Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional, cuyas decisiones no sean susceptibles de ulterior recurso judicial de Derecho interno, dicho órgano estará obligado a someter la cuestión al Tribunal.*

*Cuando se plantee una cuestión de este tipo en un asunto pendiente ante un órgano jurisdiccional nacional en relación con una persona privada de libertad, el Tribunal de Justicia de la Unión Europea se pronunciará con la mayor brevedad."*

Cabe destacar que el procedimiento prejudicial no es un recurso interpuesto contra un acto europeo o nacional, sino una consulta sobre la aplicación del Derecho europeo<sup>16</sup>. En el caso a estudio, se consultó sobre la interpretación de la Directiva 93.

La decisión del Tribunal de Justicia al respecto tiene fuerza de cosa juzgada. Además, es obligatoria no sólo para el órgano jurisdiccional nacional que ha remitido la cuestión prejudicial, sino también para todos los demás órganos jurisdiccionales nacionales de los Estados miembros<sup>17</sup>.

### **Los hechos del caso Aziz**

El 19 de julio de 2007, el Sr. Aziz, de nacionalidad marroquí y que trabajaba en España desde el mes de diciembre de 1993, suscribió con CatalunyaCaixa un contrato de préstamo con garantía hipotecaria.

El inmueble que constituía dicha garantía era la vivienda familiar de Aziz, de la que era propietario desde 2003. El capital prestado por CatalunyaCaixa era de 138.000 euros. Debía amortizarse en 33 anualidades, con 396 cuotas mensuales, a partir del 1 de agosto de 2007.

---

<sup>16</sup>Fuente:

[http://europa.eu/legislation\\_summaries/institutional\\_affairs/decisionmaking\\_process/l14552\\_es.htm](http://europa.eu/legislation_summaries/institutional_affairs/decisionmaking_process/l14552_es.htm) (consultada el 13/01/15).

<sup>17</sup>Es que, como expresa Cobreros Mendazona, en referencia a la sentencia que resuelve una cuestión prejudicial de interpretación, como la del presente caso, "como su sentencia interpreta Derecho de la Unión, es lógico y coherente que, lo en ella establecido, obligue también a cualquier otro órgano jurisdiccional nacional (o a cualquier otro aplicador de tal ordenamiento, podemos añadir) de cualquier Estado miembro que deba aplicar ese mismo Derecho. Dicho de otra manera, como lo que hace el Tribunal de Justicia en este tipo de procesos es fijar o establecer la norma europea, su resolución tiene un indudable efecto erga omnes, puesto que afectará también a cualquier otro supuesto al que haya que aplicar la disposición interpretada. No hay discrepancia alguna a este respecto porque la finalidad de la cuestión prejudicial es, precisamente, la uniformidad en la interpretación y aplicación del ordenamiento de la Unión en todos los Estados miembros, aunque ello se materialice finalmente por muy diferentes órganos judiciales nacionales, a partir de esta (arriesgada) opción establecida desde el origen mismo de este Derecho supranacional." Edorta Cobreros Mendazona, "Efectos de la sentencia prejudicial", en "EUROPEAN INKLINGS", NÚMERO 4, 2014 (dedicado a "La cuestión prejudicial europea"), pág. 123. Disponible en Internet: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf> (Consultado, 05/02/15)

El contrato establecía en su cláusula 6 unos intereses de demora anuales del 18,75 % automáticamente devengables respecto de las cantidades no satisfechas a su vencimiento, sin necesidad de realizar ningún tipo de reclamación.

Además, la cláusula 6 bis de dicho contrato confería a Catalunyaacaixa la facultad de declarar exigible la totalidad del préstamo en el caso de que alguno de los plazos pactados venciera sin que el deudor hubiese cumplido su obligación de pago de una parte del capital o de los intereses del préstamo. Por último, la cláusula 15, que regulaba el pacto de liquidez, preveía no sólo la posibilidad de que Catalunyaacaixa recurriera a la ejecución hipotecaria para cobrar una posible deuda, sino también de que pudiera presentar directamente a esos efectos la liquidación mediante el certificado oportuno que recogiese la cantidad exigida.

Aziz abonó con regularidad las cuotas mensuales desde julio de 2007 hasta mayo de 2008, pero dejó de hacerlo a partir de junio de 2008. En vista de ello, el 28 de octubre de 2008 Catalunyaacaixa acudió a un notario con objeto de que se otorgara acta de determinación de deuda. El notario certificó que de los documentos aportados y del contenido del contrato de préstamo se deducía que la liquidación de la deuda ascendía a 139.764,76 euros, lo que correspondía a las mensualidades no satisfechas, más los intereses ordinarios y los intereses de demora.

Tras requerir infructuosamente al Sr. Aziz el pago de lo debido, Catalunyaacaixa inició el 11 de marzo de 2009, ante el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell, un procedimiento de ejecución contra el interesado, reclamándole las cantidades de 139.674,02 euros en concepto de principal, 90,74 euros en concepto de intereses vencidos y 41.902,21 euros en concepto de intereses y costas.

Aziz no compareció, por lo que, el 15 de diciembre de 2009, dicho Juzgado ordenó la ejecución. Se envió al Sr. Aziz un requerimiento de pago, que éste no atendió y al que no formuló oposición.

El 20 de julio de 2010 se celebró una subasta pública para proceder a la venta del inmueble, sin que se presentara ninguna oferta.

En consecuencia, **con arreglo a lo dispuesto en la Ley de Enjuiciamiento Civil**, el Juzgado de Primera Instancia nº 5 de Martorell admitió que el bien se adjudicara en el 50 % de su valor. Dicho Juzgado también señaló el 20 de enero de 2011 como la fecha en que debía producirse la transmisión de la posesión al adjudicatario. En consecuencia, Aziz fue expulsado de su vivienda.

No obstante, poco antes de que eso ocurriera, el 11 de enero de 2011, Aziz **presentó demanda en un proceso declarativo** ante el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona, solicitando que se anulara la cláusula 15 del contrato de préstamo hipotecario por estimarla abusiva y, en consecuencia, que se declarara la nulidad del procedimiento de ejecución.

En este contexto, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona manifestó dudas en cuanto a la conformidad del Derecho español con el marco jurídico establecido por la Directiva.

## La cuestión prejudicial relativa a la tutela judicial efectiva

Al albergar dudas sobre la correcta interpretación del Derecho de la Unión, el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia varias cuestiones prejudiciales.

A los efectos de este trabajo, nos detendremos en la siguiente:

*"Si el sistema de ejecución de títulos judiciales sobre bienes hipotecados o pignorados establecido en el artículo 695 y siguientes de la Ley de Enjuiciamiento Civil, con sus limitaciones en cuanto a los motivos de oposición previsto en el ordenamiento procesal español, no sería sino una limitación clara de la tutela del consumidor por cuanto supone formal y materialmente una clara obstaculización al consumidor para el ejercicio de acciones o recursos judiciales que garanticen una tutela efectiva de sus derechos."* (la negrita y el subrayado es nuestro)

Sobre la **admisibilidad** de esta cuestión prejudicial, el Tribunal señaló que:

"38 En estas circunstancias, tal como señala fundadamente la Comisión Europea, la primera cuestión planteada por el Juzgado de lo Mercantil nº 3 de Barcelona **debe entenderse en un sentido amplio**, es decir, **destinada esencialmente a que**, ante la **limitación de los motivos de oposición** admitidos en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, **se aprecie la compatibilidad con la Directiva de las facultades reconocidas al juez que conozca del proceso declarativo, competente para apreciar el carácter abusivo de las cláusulas contenidas en el contrato** controvertido en el litigio principal del que se deriva la deuda reclamada en dicho procedimiento de ejecución.

39 Por lo tanto, y teniendo en cuenta que corresponde al Tribunal de Justicia proporcionar al órgano jurisdiccional remitente **una respuesta útil** que le permita dirimir el litigio que se le ha planteado (véanse las sentencias de 28 de noviembre de 2000, RoquetteFrères, C 88/99, Rec. p. I 10465, apartado 18, y de 11 de marzo de 2010, AttanasioGroup, C 384/08, Rec. p. I 2055, apartado 19), procede señalar que no resulta evidente que la interpretación del Derecho de la Unión que se solicita en la primera cuestión prejudicial **carezca de relación con la realidad o el objeto del litigio principal**." (la negrita nos pertenece)

Sobre el **fondo** de la cuestión prejudicial:

"59 Por consiguiente, procede declarar que **un régimen procesal de este tipo, al no permitir que el juez que conozca del proceso declarativo**, ante el que el consumidor haya presentado una demanda alegando el carácter abusivo de una cláusula contractual que constituye el fundamento del título ejecutivo, **adopte medidas cautelares que puedan suspender o entorpecer el procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas resulte necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final, puede menoscabar la efectividad de la protección que pretende garantizar la Directiva** (véase, en este sentido, la sentencia de 13 de marzo de 2007, Unibet, C 432/05, Rec. p. I 2271, apartado 77).

60 En efecto, tal como señaló también la Abogado General en el punto 50 de sus conclusiones, **sin esa posibilidad, en todos los casos en que, como en el litigio principal, se haya llevado a cabo la ejecución de un inmueble hipotecado** antes de que el juez que conozca del proceso declarativo adopte una decisión por la que se declare el carácter abusivo de la



cláusula contractual en que se basa la hipoteca y, en consecuencia, la nulidad del procedimiento de ejecución, esa decisión **sólo permite garantizar al consumidor una protección a posteriori meramente indemnizatoria, que resulta incompleta e insuficiente y no constituye un medio adecuado y eficaz** para que cese el uso de dicha cláusula, en contra de lo que establece el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13.” (la negrita nos pertenece)

En otros términos, la normativa española aplicable al caso es incompatible con el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, dado que esta norma dispone que “Los Estados miembros velarán por que, en interés de los consumidores y de los competidores profesionales, **existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.”

En síntesis, dado que, en una ejecución hipotecaria como la del caso, la normativa española solo permite discutir el carácter abusivo de una cláusula contractual luego que **se haya llevado a cabo la ejecución del inmueble hipotecado y sin posibilidad de recuperar el inmueble**, sino tan solo de recibir una indemnización, el Tribunal de Justicia Europeo consideró que no existía un medio judicial adecuado y eficaz **para que cese el uso de cláusulas abusivas** en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores.

En definitiva, en un caso como este, la tutela judicial de los derechos del consumidor no luce “efectiva”, debido a que una ulterior sentencia favorable no lograría, en la etapa ejecutiva, el efecto deseado por el justiciable.

En virtud de lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declaró, respecto de esta cuestión prejudicial:

“La Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a una normativa de un Estado miembro**, como la controvertida en el litigio principal, **que, al mismo tiempo que no prevé, en el marco del procedimiento de ejecución hipotecaria, la posibilidad de formular motivos de oposición basados en el carácter abusivo de una cláusula contractual** que constituye el fundamento del título ejecutivo, **no permite que el juez que conozca del proceso declarativo**, competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, **adopte medidas cautelares**, entre ellas, en particular, la suspensión del procedimiento de ejecución hipotecaria, cuando acordar tales medidas sea necesario para garantizar la plena eficacia de su decisión final.” (la negrita nos pertenece)

Justamente, la posibilidad de **que el juez que conozca del proceso declarativo** (o “de conocimiento amplio”, en nuestra terminología), competente para apreciar el carácter abusivo de esa cláusula, **adopte medidas cautelares**, como puede ser la suspensión de la subasta, es una de las vías para lograr la mencionada tutela judicial efectiva y cumplir con el ya mentado “principio de efectividad”.

#### **b) EL CASO SANCHEZ MORCILLO: “LA IGUALDAD DE ARMAS” COMO INTEGRANTE DEL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA**

En este caso, el TJUE (Sala Primera), en fecha 17 de julio de 2014, resolvió que “(l)a Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, en relación con el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, debe interpretarse en el sentido de que se

opone a un sistema de procedimientos de ejecución en el que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.”<sup>18</sup>

La petición prejudicial se presentó en el marco de un litigio entre el Sr. Sánchez Morcillo y la Sra. Abril García, por una parte, y Banco Bilbao Vizcaya Argentaria, S.A. (en lo sucesivo, «Banco Bilbao Vizcaya Argentaria»), por otra, en relación con la oposición de los primeros a la ejecución hipotecaria relacionada con su vivienda.

La petición de decisión prejudicial tiene por objeto la interpretación del artículo 7 de la Directiva 93/13/CEE del Consejo, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores (DO L 95, p. 29; en lo sucesivo, «Directiva»), así como del artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea (en lo sucesivo, «Carta»).

**El tema presenta similitudes con “Aziz”**, porque nuevamente se discutirá si la normativa española aplicable al caso es compatible con las normas comunitarias que consagran la tutela judicial efectiva. En especial, el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13 (como en “Aziz”), y el artículo 47 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

Lo interesante de este nuevo caso es que, **a raíz del pronunciamiento de la sentencia Aziz (EU:C2013:164), se modificó la legislación española relativa al procedimiento de ejecución de los bienes hipotecados**. Concretamente, la Ley 1/2013 modificó, entre otras disposiciones, los artículos de la Ley de Enjuiciamiento Civil (LEC) relativos al procedimiento de ejecución de los bienes hipotecados o pignorados, **introduciendo, en el artículo 695, apartado 1, de esta última Ley, la posibilidad de que el ejecutado oponga a los procedimientos de ejecución el carácter abusivo de una cláusula contractual** que constituya el fundamento de la ejecución.

Volviendo a “Sánchez Morcillo”, al momento de los hechos y en virtud de sucesivas modificaciones, el art. 695 de LEC tenía el siguiente texto:

- «1. En los procedimientos a que se refiere este Capítulo sólo se admitirá la oposición del ejecutado cuando se funde en las siguientes causas:
- 1.ª Extinción de la garantía o de la obligación garantizada, [...].
  - 2.ª Error en la determinación de la cantidad exigible, [...].
  - 3.ª En caso de ejecución de bienes muebles hipotecados o sobre los que se haya constituido prenda sin desplazamiento, la sujeción de dichos bienes a otra prenda, hipoteca mobiliaria o inmobiliaria o embargo inscritos con anterioridad al gravamen que motive el procedimiento, lo que habrá de acreditarse mediante la correspondiente certificación registral.
  - 4.ª **El carácter abusivo de una cláusula contractual que constituya el fundamento de la ejecución o que hubiese determinado la cantidad exigible.**” (la negrita nos pertenece)

---

<sup>18</sup> Asunto C-169/14 “Juan Carlos Sánchez Morcillo y María del Carmen Abril García contra Banco Bilbao Vizcaya Argentaria SA.” (Petición de decisión prejudicial: Audiencia Provincial de Castellón - España.) Disponible en Internet: <http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=155118&pageIndex=0&doclang=ES&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=122898> (Consultado: 05/02/15)

En “Sánchez Morcillo”, la cuestión prejudicial fue planteada por la Audiencia Provincial de Castellón, porque, si bien el procedimiento civil español permite interponer recurso de apelación contra la resolución judicial que, tras estimar la oposición formulada por el deudor, ponga fin al procedimiento de ejecución hipotecaria, **tal legislación procesal no permite, en cambio, que el deudor cuya oposición haya sido desestimada interponga recurso de apelación contra la resolución judicial de primera instancia que ordene la continuación del procedimiento de ejecución.**

Por ello, la Audiencia Provincial de Castellón decidió suspender el procedimiento y plantear al Tribunal de Justicia las siguientes cuestiones prejudiciales:

«1) ¿Se opone al artículo 7.1 de la Directiva 93/13/[...], que impone a los Estados miembros la obligación de velar por que en interés de los consumidores existan medios adecuados y eficaces para que cese el uso de las cláusulas abusivas en los contratos celebrados entre profesionales y consumidores, una norma procesal que, como el art. 695.4 de la [LEC], al regular el recurso contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede recurrir el ejecutado consumidor en el caso de que se rechace su oposición?»

2) En el ámbito de aplicación de la normativa de la Unión Europea sobre protección de los consumidores contenida en la Directiva 93/13[...], ¿es compatible con el principio del derecho a la tutela judicial efectiva y a un juicio equitativo y en igualdad de armas que proclama el artículo 47 de la [Carta] una disposición del derecho nacional como el artículo 695.4 de la [LEC] que, al regular el recurso de apelación contra la resolución que decide la oposición a la ejecución sobre bienes hipotecados o pignorados, sólo permite recurrir en apelación el auto que acuerde el sobreseimiento del proceso o la inaplicación de una cláusula abusiva y excluye el recurso en los demás casos, lo que tiene la consecuencia inmediata de que, mientras puede apelar el ejecutante cuando se estima la oposición del ejecutado y se acuerda la terminación del proceso o la no aplicación de una cláusula abusiva[,] no puede apelar el ejecutado en el caso de que se rechace su oposición?»

Al respecto, el Tribunal de Justicia, luego de recordar lo sostenido en “Aziz”, agregó que

“...a falta de armonización de los mecanismos nacionales de ejecución forzosa, las modalidades de aplicación de los recursos de apelación admitidos en el marco de un procedimiento de ejecución hipotecaria contra las resoluciones que se pronuncien sobre la legitimidad de una cláusula contractual, forman parte del ordenamiento jurídico interno de cada Estado miembro en virtud del principio de autonomía procesal de los Estados miembros. No obstante, el Tribunal de Justicia ha declarado que las modalidades de que se trata deben responder al doble requisito de que no sean menos favorables que las que rigen situaciones similares de carácter interno (**principio de equivalencia**) y de que no hagan imposible en la práctica o excesivamente difícil el ejercicio de los derechos que confiere a los consumidores el ordenamiento jurídico de la Unión (**principio de efectividad**)...” (consid. 31, la negrita nos pertenece)

En lo que atañe al principio de efectividad, “..., **la obligación de los Estados miembros de garantizar la efectividad de los derechos que la Directiva 93/13** confiere a los justiciables

frente a la aplicación de cláusulas abusivas **implica una exigencia de tutela judicial**, consagrada asimismo en el **artículo 47 de la Carta**, que el juez nacional debe observar (véase, en este sentido, la sentencia Banif Plus Bank, C-472/11, EU:C:2013:88, apartado 29). **Esta tutela judicial ha de extenderse tanto a la designación de los tribunales competentes para conocer de las demandas basadas en el Derecho de la Unión como a la definición de la regulación procesal de tales demandas** (véase, en este sentido, la sentencia Alassini y otros, C-317/08 à C-320/08, EU:C:2010:146, apartado 49).” (consid. 35, la negrita nos pertenece)

Por otro lado, “de la documentación remitida al Tribunal de Justicia se deduce que **el sistema procesal español en materia de ejecución hipotecaria se caracteriza** por el hecho de que, tan pronto como se incoa el procedimiento de ejecución, **cualesquiera otras acciones judiciales que el consumidor pudiera ejercitar**, incluso las que tengan por objeto cuestionar tanto la validez del título como la exigibilidad, certeza, extinción o cuantía de la deuda, **se ventilarán en otro juicio y serán objeto de una resolución independiente, sin que ni aquel ni ésta puedan tener como efecto suspender ni entorpecer el procedimiento de ejecución** en curso de tramitación, salvo en el supuesto residual de que el consumidor realice una anotación preventiva de la demanda de nulidad de la hipoteca con anterioridad a la nota marginal de expedición de certificación de cargas (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartados 55 a 59).” (consid. 42, la negrita nos pertenece)

“...en el supuesto de que se desestime la oposición formulada por el consumidor contra la ejecución hipotecaria de un bien inmueble de su propiedad, **el sistema procesal español, considerado en su conjunto** y tal como resulta aplicable en el litigio principal, **expone al consumidor, o incluso a su familia —como sucede en el litigio principal—, al riesgo de perder su vivienda como consecuencia de la venta forzosa de ésta**, siendo así que el juez que tramita la ejecución, en su caso, habrá llevado a cabo, a lo sumo, un examen somero de la validez de las cláusulas contractuales en las que el profesional fundamentó su demanda. **La tutela que el consumidor, en su condición de deudor ejecutado, podría obtener eventualmente de un examen judicial distinto**, efectuado en el marco de un proceso declarativo sustanciado en paralelo al procedimiento de ejecución, **no puede paliar el mencionado riesgo, puesto que, aun suponiendo que tal examen desvele la existencia de una cláusula abusiva, el consumidor no obtendrá una reparación *in natura* de su perjuicio, que le reintegre a la situación anterior al despacho de la ejecución del bien inmueble hipotecado, sino que obtendrá únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización que compensara tal perjuicio**. Ahora bien, este carácter meramente indemnizatorio de la reparación que eventualmente se conceda al consumidor le proporcionará tan sólo **una protección incompleta e insuficiente. No constituye un medio adecuado y eficaz, en el sentido del artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13**, para lograr que cese la aplicación de la cláusula considerada abusiva del documento auténtico de constitución de hipoteca sobre el bien inmueble que sirve de base para trabar el embargo de dicho inmueble (véase, en este sentido, la sentencia Aziz, EU:C:2013:164, apartado 60).” (consid. 43, la negrita nos pertenece))

“...cuando un consumidor y un profesional litigan entre sí en un procedimiento de ejecución hipotecaria, el desarrollo del procedimiento de oposición a la ejecución hipotecaria ante el tribunal nacional, previsto en el artículo 695 de la LEC, **resulta contrario al principio de igualdad de armas o de igualdad procesal**. Ahora bien, **este principio forma parte integrante del principio de la tutela judicial efectiva** de los derechos que el ordenamiento jurídico de la Unión confiere a los justiciables, tal como se garantiza en el artículo 47 de la Carta (véanse, en este sentido, las sentencias Otis y otros, C-199/11, EU:C:2012:684, apartado 48, y Banif Plus Bank, EU:C:2013:88, apartado 29)... **constituye jurisprudencia reiterada del Tribunal de Justicia que el principio de igualdad de armas, lo mismo que, en particular, el de contradicción, no es sino el corolario del concepto mismo de proceso justo**, que implica la

obligación de ofrecer a cada una de las partes una oportunidad razonable de formular sus pretensiones en condiciones que no la coloquen en una situación de manifiesta desventaja en relación con la parte contraria (sentencia Suède y otros/API y Comisión C-514/07 P, C-528/07 P y C-532/07 P, EU:C:2010:541, apartado 88).” (consids. 48 y 49, la negrita y el subrayado nos pertenece)

“A la luz de las consideraciones expuestas, procede responder a las cuestiones planteadas que el artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13, en relación con el artículo 47 de la Carta, debe interpretarse en el sentido de que **se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo**, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, **en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación** contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.” (consid. 51, la negrita nos pertenece)

En virtud de todo lo expuesto, el Tribunal de Justicia (Sala Primera) declara:

**“El artículo 7, apartado 1, de la Directiva 93/13/CEE del Consejo**, de 5 de abril de 1993, sobre las cláusulas abusivas en los contratos celebrados con consumidores, **en relación con el artículo 47 de la Carta** de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea, **debe interpretarse en el sentido de que se opone a un sistema de procedimientos de ejecución, como el controvertido en el litigio principal**, que establece que el procedimiento de ejecución hipotecaria no podrá ser suspendido por el juez que conozca del proceso declarativo, juez que, en su resolución final, podrá acordar a lo sumo una indemnización que compense el perjuicio sufrido por el consumidor, en la medida en que éste, en su condición de deudor ejecutado, no puede recurrir en apelación contra la resolución mediante la que se desestime su oposición a la ejecución, mientras que el profesional, acreedor ejecutante, sí puede interponer recurso de apelación contra la resolución que acuerde el sobreseimiento de la ejecución o declare la inaplicación de una cláusula abusiva.” (la negrita nos pertenece)

## A MANERA DE CIERRE

Tanto en “Aziz” como en “Sanchez Morcillo” nos encontramos con la siguiente plataforma fáctica:

Un contrato de mutuo hipotecario celebrado por adhesión entre un profesional y un consumidor, **donde aquel que no pudo negociar ni discutir los contenidos del mismo** en la etapa de formación del consentimiento (el consumidor – adherente), **se encuentra prácticamente imposibilitado de discutir dichos contenidos** (impugnando una cláusula por abusiva) **en la etapa judicial**, dado que el ordenamiento procesal aplicable determina que solo podrá ejercer tal derecho una vez ejecutado el inmueble hipotecado y sin posibilidad de recuperarlo, **sino que obtendría únicamente, en el mejor de los casos, una indemnización compensatoria.**

Dicho de otra manera, en estos casos, el ordenamiento procesal, por sus características, termina “vaciando” de contenido el derecho del consumidor-justiciable a ser “oído”, pues si este derecho no comprende el de “obtener una respuesta efectiva por parte del órgano jurisdiccional”, se torna una mera abstracción, reforzando, de paso, las condiciones

de desequilibrio propias del actual sistema de producción y distribución masificado de bienes y servicios.

En ambas sentencias del TJUE se pone de manifiesto que las normas procesales no pueden contradecir o, anular los principios protectorios expresados en la normativa de fondo relativa a Derecho del Consumo.<sup>19</sup>

Podría agregarse, para finalizar, que las reglas "clásicas" del juicio ejecutivo, donde en pos de agilizar el cobro del crédito se establece un mecanismo procesal "pro ejecutante", con limitación de defensas para el ejecutado, están justificadas por una presunción de que las partes, **previamente y en igualdad de condiciones**, acordaron someterse a este tipo de proceso, en caso de incumplimiento. En las relaciones de consumo, esta igualdad de condiciones no existe, por lo que, por el contrario, correspondería incluso una tutela procesal diferenciada, a favor del consumidor- ejecutado.

#### REFERENCIAS BIBLIOGRAFICAS Y SITIOS WEBS DE CONSULTA

**Cobrerros Mendazona, Edorta:** "Efectos de la sentencia prejudicial", en "EUROPEAN INKLINGS", NÚMERO 4, 2014, págs. 122 a 141 (número monográfico dedicado a "La cuestión prejudicial europea". Disponible en Internet: <https://carlosesposito.files.wordpress.com/2014/05/cuestion-prejudicial-europea-dig.pdf> (Consultado, 05/02/15)

**Freixes Sanjuán, Teresa:** "DERECHOS FUNDAMENTALES EN LA UNIÓN EUROPEA. EVOLUCIÓN Y PROSPECTIVA: La construcción de un espacio jurídico europeo de los derechos fundamentales. Publicado en la Revista de Derecho Constitucional Europeo nº 4, 2005. En Internet: [http://llet-131-198.uab.es/CATEDRA/images/materials/derechos\\_eu.doc](http://llet-131-198.uab.es/CATEDRA/images/materials/derechos_eu.doc) . Consultado: 04/02/15.

**Hernández, Carlos A.:** Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo, LL 2013-D, 94

**Huelín Martínez de Velasco, Joaquín:** "El derecho a la tutela judicial efectiva en el ordenamiento de la Unión Europea después de Lisboa: algunas notas para la reflexión". Artículo publicado en la "Revista de Jurisprudencia", número 4, el 24 de noviembre de 2011. En Internet: [http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa-reflexion\\_11\\_339430003.html](http://www.elderecho.com/administrativo/ordenamiento-Union-Europea-Lisboa-reflexion_11_339430003.html) ) Consultado 04/02/15

**Sánchez Santana, José Antonio:** "EL CAMINO HACIA LOS DERECHOS Y LIBERTADES FUNDAMENTALES EN EL AMBITO DE LA UNIÓN EUROPEA". Saber, ciencia y libertad, ISSN 1794-7154, Vol. 5, Nº. 2, 2010, págs. 53-66. En Internet: <http://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/3996520.pdf> . Consultado: 04/02/15

---

<sup>19</sup> Carlos Hernández, en su comentario sobre el caso "Aziz", considera relevante "(l)a precisa integración entre las respuestas jurídicas entre las normas sustanciales y procesales relativas a la defensa de los consumidores..." efectuada por parte del TJUE, agregando que "(l)a interdisciplina que caracteriza al Derecho del Consumidor, exige pensar las soluciones concretas desde una visión superadora de los rígidos encasillamientos conceptuales, teóricos e incluso de praxis, que han gobernado nuestro quehacer cotidiano". En "Protección de usuarios de servicios financieros. Aportes para considerar del Tribunal de Justicia Europeo", LL 2013-D, 94. Cita Online: AR/DOC/2117/2013

**Rossi, Jorge Oscar:** "Derecho de los Consumidores y Usuarios" (El Derecho del Consumidor y sus circunstancias: La "Sociedad de Consumo Individual", la "Sociedad de Consumo Masificado" y la "Sociedad de Prosumo"), de Editorial CIJUSO, año 2014. Formato E-book (ISBN 978-987-20376-1-1)

**Rossi, Jorge Oscar y Carranza Torres, Luis:** "Derecho del Consumidor", Editorial Alveroni, año 2009.

**Tambussi, Carlos Eduardo:** Los Derechos del Consumidor como Derechos Humanos. En Gordillo, Agustín Alberto y otros, Derechos Humanos, Fund. de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 2007, 6° edición, pág. 396.

**Sitio del Tribunal de Justicia de la Unión Europea:**  
[http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j\\_6/](http://curia.europa.eu/jcms/jcms/j_6/)

**Sitio oficial de la Unión Europea:** [http://europa.eu/index\\_es.htm](http://europa.eu/index_es.htm)

~~



## Derechos Reales

### El derecho a la vivienda y el usufructo ¿Configura en los convivientes el derecho al acceso al uso y goce del inmueble?<sup>1</sup>

Por María Alejandra Pasquet<sup>2</sup> y Nina Noriega<sup>3</sup>

**Resumen:** *En los Fundamentos del Anteproyecto, la vivienda y el hogar son protegidos teniendo en consideración los Derechos Humanos, los que la Constitución garantiza y el contexto internacional promueve. Sin embargo, la ley 26.994, no resulta claramente operativa en cuanto al reconocimiento expreso del contenido del derecho de propiedad que tienen los convivientes. El uso y goce está tácitamente afirmado pero requiere de una declaración que lo califique como un derecho de usufructo restringido.*

#### INTRODUCCION

El Código Civil y Comercial<sup>4</sup> trae novedades al incluir el capítulo tercero en el que trata el derecho al acceso a la vivienda y su protección con la aplicación de la figura de la afectación, antes llamada “bien de familia”. Los artículos 244, 246 incluyen al conviviente, aunque no sea propietario y por supuesto no lo liga una relación jurídica de estado civil con la otra parte, a ser alcanzado en este derecho y protección, por el solo hecho de habitar el inmueble e inscribir la convivencia, como convivencia efectiva similar a la marital. El artículo 246 lo incluye en el inciso a, en forma explícita como el “conviviente”. El artículo 250 es aún más concluyente en consonancia con el artículo 514 y desde el 524 en adelante. También se permite al conviviente inscripto, al finalizar la convivencia a solicitar compensación económica si lo necesitare y la letra del artículo reza: “compensar con el usufructo de bienes” Art 524.<sup>5</sup>

Por otro lado se habilita el derecho de habitación gratuita, para algunos denominado usufructo legal restringido, en beneficio del conviviente sobreviviente, razón por lo cual se reafirma la voluntad legislativa de permitir aplicar la figura del usufructo para este nuevo estado civil. “El conviviente inscripto” ha adquirido en el nuevo Código Civil, una gran asimilación a los derechos que los esposos.<sup>6</sup>

---

<sup>1</sup> La presente ponencia fue presentada en la Comisión n° 5, Reales: “Usufructo”, de las XXV Jornadas Nacionales de Derecho Civil que tuvieron lugar los días 1, 2 y 3 de Octubre de 2015 en Bahía Blanca.

<sup>2</sup> Profesora Titular por concurso de Derechos Reales. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Interamericana. Docente de la Fundación CIJUSO.

<sup>3</sup> Profesora Adjunta y Jefe de Cátedra Sede Buenos Aires. Facultad de Derecho y Ciencias Políticas. Universidad Abierta Interamericana.

<sup>4</sup> Ley 26994 (2014) Código Civil y Comercial de la Nación Argentina, Sistema Jurídico de Información Argentina, Buenos Aires

<sup>5</sup> Herrera, M, Caramelo, G, Picasso, S (Directores) ( 2015) Código Civil y Comercial de la Nación Comentado Título Preliminar y Libro Primero Artículos 1 a 400. Sistema Jurídico de Información Argentina, Buenos Aires

<sup>6</sup> Castro Verónica (2013) Doctrina del día: uniones Convivenciales, Thomson Reuters, 01//01/2013. Disponible en: <http://thomsonreuterslatam.com/2013/03/04/doctrina-del-dia-uniones-convivenciales/>

Esto conlleva a pensar si los derechos de sucesión se ven reducidos o turbados por esta nueva figura de status civil. Con la aplicación del Código, la jurisprudencia y la doctrina que va nutriendo el nuevo camino de algo que empieza, darán las respuestas a estas inquietudes.

## **HACIA LA INTEGRACIÓN**

El Código Civil y Comercial busca ser un corpus normativo multicultural, inclusivo, bajo un paradigma no discriminatorio y con un incipiente reconocimiento de la función social de la propiedad

Esto ha implicado un cambio rotundo de ideología entre el Código Civil y la Ley 26994. Esta ruptura de paradigma afectó casi todas las relaciones de orden civil, comenzando con los estados jurídicos de las personas.

Sin embargo, los cambios introducidos también afectaron a las figuras e institutos del derecho civil que no son objeto de estudio en esta ponencia.

En esta ponencia pondremos atención y desarrollo al instituto de la convivencia, que ha obtenido un status social y a la protección de los convivientes en relación con el derecho de uso y goce (posesión) de la vivienda familiar. Así es que se analizará como la vivienda ha obtenido un tratamiento más amplio e inclusivo para todas las personas en pos de proteger la relación posesoria con la cosa, que en nuestro caso, se limita al hábitat cotidiano.

Por tal razón, la vivienda no se protege en conexión con las relaciones familiares, sino en virtud de que ella es un derecho humano, de todos.

Esta lógica ya se encontraba presente en el Proyecto de Código de 1998, en cuyos Fundamentos se podía leer: “El avance sobre las reglas del bien de familia es notable, en tanto se autoriza la constitución del bien de familia a favor del titular de dominio sin familia, con lo que se pretende atender a la cada vez más frecuente situación de la persona que vive sola y que necesita también proteger un lugar donde habitar”.

Se deduce de lo expuesto que el Constitucionalismo liberal que destacaba los derechos de “primera generación” (la vida, la libertad y la propiedad) va perfilándose, con el trascurso del tiempo en un constitucionalismo social como respuesta a una actitud distinta que se pretende del Estado y es la de que garantice el pleno goce de los derechos que se pretenden proteger en la etapa liberal como en la social. Con este último, llegan los derechos de “segunda generación”, por ejemplo: el derecho a la salud, a una vivienda digna, a la alimentación, al trabajo en condiciones adecuadas y el derecho a la educación.

In re “González Luisa Nélica c/ Lenarduzzi Valeria Alejandra s/Desalojo (excepto por falta de pago)” Expte N°151129. CACC, sala 3. Mar del Plata: “...Entonces, el Código Civil y Comercial vigente, recepta la constitucionalización del derecho privado y establece una comunidad de principios entre la Constitución, el derecho público y el derecho privado, lo que se vislumbra con la protección de la persona humana a través de los derechos fundamentales, los derechos de incidencia colectiva, la tutela del niño, de las personas con capacidades diferentes, de la mujer, de los consumidores y de los bienes ambientales (conforme “Fundamentos del Anteproyecto de Código Civil y Comercial de la Nación”. Editorial La Ley, 2012). Entre estos aspectos se encuentra el derecho a la vivienda, constituyendo un derecho humano y encontrándose este derecho íntimamente enlazado al concepto de familia”

Esta amplitud conceptual conlleva a replantear la significación del vocablo usufructo.

La amplitud de la figura, en la nueva normativa, va más allá del “Usar y gozar” de una cosa. En consecuencia, al cambiar el paradigma en relación a la vivienda, los vocablos adquieren una dimensión mayor a la pensada por Dalmacio Vélez Sársfield.

Ahora bien, se ha mencionado que el Código Civil y Comercial ha incluido a la relación de convivencia como otro instituto al mismo nivel que el matrimonio, aunque con grandes diferencias. Pues entonces comenzaremos a reflexionar sobre este instituto y como los convivientes se ven protegidos en el hábitat permanente aunque no sean propietarios del inmueble.

## **DESTINO DE LA COSA INMUEBLE EN EL SENO DE LOS CONVIVIENTES**

### **Función social de la posesión.**

Advertimos que el Código nuevo respeta y enfatiza, al menos en sus primeros tres Libros, la denominada función social de los derechos. Pero a poco de comenzar a leer el Libro IV (Derechos Reales) notamos que disminuye ese “impulso” al reconocimiento integral de esa función, empero, cabe la posibilidad de “leerlo e interpretarlo” a la luz de los Fundamentos y las fuentes consultadas por sus redactores (jurisprudencia y doctrina que avalan esta perfectiva)

Ahora bien: el usufructo es un derecho real, sobre cosa ajena, que se ejerce por la posesión. ¿En qué consiste esa posesión? Algunos autores indican que se trata de una coposesión concluyendo que el nudo propietario nunca dejó de ser poseedor, posición que sostienen las autoras de esta ponencia y que constituye un buen sustento para proclamar que el conviviente detenta uso y goce sin menoscabar ni disminuir las facultades del titular dominial.

Si hacemos un recorrido histórico, encontraremos varias obras que fungen como pilars de la función social de la posesión.

Regresando a la posesión, entendemos que ella no es la propiedad y puede manifestarse en dos situaciones: integrada en el derecho de propiedad (genéricamente hablando) y como uno de los modos de manifestarse; o bien la posesión sin más, en sí, abstracción hecha de si es consecuencia o no de la propiedad o de otro derecho real. En este segundo caso, obtiene un significado “autónomo”. Hernández Gil (1969) menciona que la posesión importa un uso cualificado, la más directa proyección de la persona sobre las cosas, determinante de consecuencias jurídicas dirigidas al mantenimiento de una situación dada.

En línea con la propuesta, nos interesa indagar sobre la posibilidad de que la posesión, le brinde entrada al colectivo social en materia de propiedad, individualista y liberal. Sabemos que ella es un constructo jurídico que tiene un fundamento predominantemente económico y político, pero la posesión, tiene una base social más pronunciada.

El gran aporte de Savigny consiste en haber reducido la posesión a un mínimo elemental dotado de autonomía respecto de la propiedad. Si indagamos el significado autónomo de la posesión, el autor reconoce que puede presentarse como emanación del derecho de propiedad pero lo que sí afirma es la existencia además de derechos que derivan

estrictamente de la posesión. La posesión se encuentra en un punto equidistante de la propiedad y la mera tenencia.

Reconocer la independencia de la posesión es una tesis socialmente valiosa. Da a entender que el goce y la utilización de los bienes adquieren trascendencia jurídica fuera de la estructura de la propiedad y los derechos provenientes de ella. Las habituales referencias a la posesión como estado de hecho que se tutela sin considerar la propia legalidad, por cuestiones que hacen a la convivencia pacífica, nos llevan, sin hesitar, a la conclusión que la institución está directamente enraizada en la realidad social.

La función social se muestra como presupuesto (es la constante impulsión social que mueve, atribuye y distribuye) y como fin (el para qué) de la ordenación jurídica. A su vez, teleológicamente hablando, el ordenamiento jurídico debe ser el emergente de la realidad social y también, tiende a modificar estructuras sociales y sus correspondientes encuadramientos jurídicos.

La pregunta que se nos presenta es si la posesión, conceptualizada en el Código Civil y Comercial, responde a la demanda social, si es receptora de la realidad de la vivienda y la cuestión habitacional.<sup>7</sup>

La utilización de las cosas (Hernández Gil)<sup>8</sup> a través de los derechos o simplemente su gestión económica se traduce en actos posesorios. Desde el punto de vista sociológico, sirve como “piedra de toque” para medir el grado de estratificación social. Sin hesitar, la tenencia de la tierra funda las situaciones posesorias más características. El cultivo y aprovechamiento de la tierra, es también parte del asiento de tradiciones familiares y locales.

Pues entonces desde las apreciaciones mencionadas, hasta nuestros días, muchas circunstancias y nuevas normas se han generado que nos llevan a repensar estos conceptos.

La acuciante falta de viviendas en nuestro país, o el poco acceso a créditos para la vivienda ponen en el tapete y obliga al debate respecto al concepto de propiedad y las formas de acceder a ella. Indudablemente el concepto iluminista o liberal con que se sancionó el Código Civil quedó hace mucho tiempo obsoleto. Pero el nuevo Código Civil y Comercial necesita ser interpretado en clave de hogar, de vivienda familiar, de vivienda digna.

Hasta ahora tratamos la cuestión de la posesión.

La cosa dada en uso y goce puede ser afectada en su totalidad o en su parte indivisa para el caso de los condominios en las uniones convivenciales (argto artículo 246). Esto también resulta una novedad y más aún si lo relacionamos con la aplicación del derecho a la protección de la vivienda.

Otra innovación interesante se refiere a la protección de la cosa como “integral” es decir, el derecho va más allá del valor, y de la parte de la cosa. Esto significa que tanto la parte indivisa propia o ajena puede ser incluido como derecho para los convivientes, en el uso y goce de la cosa y su preservación, frente a acreedores.

---

<sup>7</sup> Falke. Ignacio Agustin (2015) Hábitat en la ciudad de Buenos Aires. elDial DC1F193. Editorial Albrematica S.A. Buenos Aires.

<sup>8</sup> Hernández Gil, Antonio. La función social de la posesión. Alianza. Madrid. España. 1969

¿Este derecho y la extensión de las facultades de protección, pone en tensión al derecho real de dominio para el titular del inmueble que puede ser alguno de los convivientes o un tercero, por no tener la total disposición de la cosa? La doctrina que ha surgido recientemente sobre el tema, no se pone de acuerdo. Lo cierto es que el régimen de protección de la vivienda que también alcanza a la unión de convivencia implica cierta disminución a los poderes que envuelven al dominio y al titular de ese derecho. Es una merma de poder real, pero no genera desmembramiento. La disminución en las facultades del propietario se desprende de artículos tales como el 247 (exigencia de habitar el inmueble afectado –habitación efectiva-) y el 250 (inalienabilidad relativa).

Si el criterio del legislador ha sido la amplitud, a continuación se reflexionará sobre los pactos de convivencia, una nueva figura en la legislación y como esa relación contractual puede afectar la relación de uso y goce de la cosa hábitat de los convivientes.

### **PACTOS DE CONVIVENCIA Y SU RELACIÓN CON LA VIVIENDA Y EL DERECHO DE USAR Y GOZAR DE ELLA**

El nuevo código admite que se suscriban “Pactos de convivencia” entre los convivientes, los cuales deben ser efectuados por escrito y pueden regular, la contribución a las cargas del hogar durante la vida en común; la atribución del hogar común, en caso de ruptura; la división de los bienes obtenidos por el esfuerzo común, en caso de ruptura de la convivencia, entre otras cuestiones.

El artículo 515, establece como límite el orden público, la igualdad de los convivientes, y que no impliquen afectar los derechos fundamentales de cualquiera de los integrantes de la unión convivencial.

Los pactos pueden ser modificados y rescindidos por acuerdo de ambos. Si cesa la convivencia, cesan de pleno derecho los pactos suscritos.

Son oponibles a terceros siempre que se inscriban en el registro creado al efecto.

Es interesante destacar que los pactos no pueden dejar sin efecto el deber de asistencia, el deber de contribuir ambos convivientes a los gastos domésticos del hogar, la solidaridad de los convivientes por las deudas contraídas por uno de ellos con terceros para solventar las necesidades ordinarias del hogar o el sostenimiento y la educación de los hijos, y el deber que tienen los convivientes de protección al hogar. Estas obligaciones se las consideran “cargas” para ambos y se las iguala a las del matrimonio legal.

Las relaciones patrimoniales entre los convivientes se rigen por lo acordado en los pactos de convivencia. A falta de éstos, cada integrante de la unión ejerce libremente las facultades de administración y disposición de los bienes de su titularidad, con la restricción regulada para la protección de la vivienda familiar y de los muebles indispensables que se encuentren en ella.

Sin perjuicio de ello, al regular los efectos de las uniones convivenciales durante la convivencia (capítulo III), en lo atinente a la vivienda familiar consagra una restricción a la autonomía de la voluntad al establecer que si la unión convivencial ha sido inscripta los convivientes no pueden, sin el asentimiento del otro, disponer de derechos sobre la vivienda familiar ni los muebles indispensables de ésta ni proceder a su traslado. A estos fines, se dispone que la falta de asentimiento faculta a quien no lo prestó a demandar la nulidad dentro

del plazo de caducidad de seis meses de haber conocido el acto de disposición, siempre que no se haya producido el cese de la convivencia. Además, al igual que en el régimen patrimonial primario, se prevé que la vivienda familiar no puede ser ejecutada por deudas contraídas después del inicio de la unión convivencial, excepto que dichas deudas hayan sido contraídas por ambos miembros o por uno de ellos con el asentimiento del otro (arts. 518 y 522).

Por otra parte cabe señalar que, específicamente en la materia objeto del presente trabajo el Código Civil y Comercial de la Nación, proclama la protección del derecho a la vivienda del hijo menor de edad nacido de la unión convivencial de sus progenitores.

Seguidamente en los párrafos posteriores será importante reflexionar sobre cuáles son las consecuencias jurídicas que se desprenden al cese de la convivencia <sup>9</sup>

**CESE DE LA CONVIVENCIA.** ¿Se puede prorrogar el uso y goce de los bienes del que no se es propietario?

El art. 523 enumera las causas por las cuales puede finalizar la unión convivencial.

Cualquiera de esas causas que impliquen el cese de la convivencia implican la puesta en marcha de mecanismos jurídicos, previamente acordados o no acordados y en este caso el juez tiene amplias facultades al respecto.

#### **Compensación económica**

Una vez cesada la convivencia, el código prevé la posibilidad de una compensación económica para el conviviente que sufre un desequilibrio manifiesto que signifique un empeoramiento de su situación económica con causa adecuada en la convivencia y en su ruptura.

La compensación puede consistir en una prestación única o en una renta por un tiempo determinado que no puede ser mayor al plazo que duró la unión convivencial.

Puede pagarse con dinero, con el usufructo de determinados bienes o de cualquier otro modo que acuerden las partes o en su defecto decida el juez. En éste último caso, para fijar la compensación económica el juez puede tomar de base las siguientes circunstancias, entre otras:

1. el estado patrimonial de cada uno de los convivientes al inicio y a la finalización de la unión;
2. la dedicación que cada conviviente brindó a la familia y a la crianza y educación de los hijos y la que debe prestar con posterioridad al cese;

---

<sup>9</sup> Squizzato, Susana (2015) La protección de la vivienda de los hijos nacidos de uniones convivenciales en el Código Civil y Comercial de la Nación. Doctrina. Actualidad jurídica 11/07/2015. Disponible en: [http://www.actualidadjuridica.com.ar/doctrina\\_viewview.php?id=977](http://www.actualidadjuridica.com.ar/doctrina_viewview.php?id=977) Tu espacio jurídico (2014)

La unión convivencial en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación. Tu espacio jurídico, 07/10/2014 Disponible en: <http://tuespaciojuridico.com.ar/tudoctrina/2014/10/07/la-union-convivencial-en-el-nuevo-codigo-civil-y-comercial-de-la-nacion/>

3. la edad y el estado de salud de los convivientes y de los hijos;
  4. la capacitación laboral y la posibilidad de acceder a un empleo del conviviente que solicita la compensación económica;
  5. la colaboración prestada a las actividades mercantiles, industriales o profesionales del otro conviviente;
  6. la atribución de la vivienda familiar.
- La acción para reclamar la compensación caduca a los seis meses de haber finalizado la convivencia.

Nos detenemos a pensar sobre la compensación económica a la que se refiere el código. Entre las opciones menciona la alternativa a acceder al usufructo, de bienes o de rentas.

Siendo el tema principal de esta ponencia la relación y aplicación del instituto del usufructo a las uniones convivenciales, hemos arribado al corazón de este trabajo. Es muy claro el espíritu del legislador. Acepta que este derecho real sea aplicado a este nuevo estado civil. Aquí también hay que detenerse a meditar que este derecho real, que sigue siendo numerus clausus, ha sufrido variables en la nueva normativa al tener nuevos legitimados activos, desconocidos en el código derogado.

#### **Atribución del uso de la vivienda familiar**

La atribución de la vivienda familiar, sin importar quién es el dominus, pero sí que ha sido asiento de convivencia ha sido motivo de ser legislada para protección en forma integral de quienes habitan el lugar. Nuevamente la figura del usufructo vuelve a recobrar vida, pues las prerrogativas conferidas al ocupante, van más allá del objeto del derecho real de habitación, o para decirlo de una forma más sencilla, ambas figuras se fusionan. Solo que la limitación se aplica al plazo y en ese caso difiere con los plazos de ambos institutos reales.

En caso de que uno de los convivientes tenga a su cargo el cuidado de hijos menores de edad con capacidad restringida o con discapacidad o, si se acredita la extrema necesidad de una vivienda y la imposibilidad de procurársela de forma inmediata, el juez puede atribuirle por un tiempo determinado -el que no puede exceder de dos años desde el cese de la convivencia- el uso del inmueble que fue sede de la unión convivencial.

Asimismo, a pedido de parte, el juez puede establecer una renta compensatoria por el uso del inmueble a favor del conviviente a quien no se atribuye la vivienda, que el inmueble no sea enajenado por un plazo sin el acuerdo expreso de ambos y que el inmueble en condominio de los convivientes no sea partido ni liquidado. La decisión produce efecto frente a terceros si se inscribe en el registro correspondiente.

Para lo expuesto precedentemente, estamos frente al derecho de un usufructo oneroso. Aquí se separa de la figura del habitador, que en esencia es gratuito.

Si se trata de un inmueble alquilado, el conviviente no locatario tiene derecho a continuar en la locación hasta el vencimiento del contrato, manteniéndose el obligado al pago y las garantías que primitivamente se constituyeron en el contrato.



La atribución de la vivienda cesa por el cumplimiento del plazo fijado por el juez, por el cambio de circunstancias que se tuvieron en cuenta para su fijación y por las causas de indignidad previstas en materia sucesoria.

### **Distribución de los bienes**

A falta de pacto, el art. 528 dispone que los bienes adquiridos durante la convivencia se mantienen en el patrimonio al que ingresaron, sin perjuicio de la aplicación de los principios generales relativos al enriquecimiento sin causa, la interposición de personas y otros que puedan corresponder.

Por lo tanto, el código no dispone una incluye innovación en la forma de repartición de los bienes más allá de la introducción del instituto de los pactos de convivencia.

Lo que no cabe duda es que la ley 26994 ofrece cambios en el derecho de familia, con ramificaciones hacia los derechos reales, como se ha planteado a lo largo de esta ponencia. En términos de la anterior ley “el concubinato” ha sido una nueva forma de relación entre las personas que a la larga o a la corta ha generado consecuencias jurídicas que debían ser atendidas y legisladas. Por ello se ha tornado necesario otorgar pautas para su regulación y garantizar la igualdad entre los convivientes, otorgando derechos y efectos jurídicos. Pero aún ir más lejos, garantizar los derechos de los menores nacidos bajo estas uniones en forma integral.

De allí entonces que ha quedado incorporado e equiparado el derecho del conviviente supérstite que carece de vivienda propia habitable o bienes que aseguren su acceso a permanecer en la vivienda sede de asiento durante la convivencia. Puede invocar el derecho real de habitación gratuito por un plazo máximo de 2 años, sobre un inmueble del causante que constituyó el último domicilio de la pareja, y que a la apertura del sucesorio no se encontraba en condominio con otras personas. Este derecho será inoponible a acreedores del causante; extinguiéndose el mismo si el sobreviviente constituye una nueva unión, contrae matrimonio o mejora su situación económica.

### **USUFRUCTO LEGAL DE BIENES SOBRE HIJOS MENORES NACIDOS EN UNIONES CONVIVENCIALES**

Desde hace bastante tiempo las leyes han equiparado a los hijos nacidos dentro del matrimonio con aquellos nacidos en uniones de convivencia. El Código Civil y Comercial plasma estos criterios en forma sintetizada y con normativa clara que dice: en el libro Cuarto. De los Derechos Reales. Título XI: Del usufructo:

El artículo 697 Rentas brinda la solución presumiéndose su madurez.

Por su lado el artículo 698 impone condiciones a utilizar la renta obtenida que corresponde a bienes de los hijos menores. Esta condición refiere a rendir cuenta en los gastos efectuados.

Esta normativa da cuenta, en armonía a lo elaborado en el anteproyecto de 2012, la legislación evolutiva de protección al menor y a su patrimonio, en consonancia al reconocimiento de la progresiva madurez del mismo, tipificada en el pacto internacional ratificado y conocido con la Convención de los Derecho del Niño.

Siguiendo el pensamiento de Marisa Herrera (2014), la norma busca delimitar claramente que el hijo menor es sujeto titular de derecho, entre ellos los patrimoniales, y entre estos el derecho a percibir las rentas que conforman su derecho de propiedad. Apunta a que la responsabilidad parental se ejerza en interés y beneficio del hijo, no pudiendo ejercerse en beneficio injustificado de los progenitores, con rentas que pertenecen al patrimonio del hijo, pero previendo las necesidades de la familia a la que pertenece el menor.

En consecuencia el derecho de propiedad que se garantiza en la Carta Magna y los Tratados Internacionales de Derechos Humanos, con jerarquía constitucional, han quedado cubiertos al aceptar que el niño tiene derecho a tener patrimonio y cobertura legal, a pesar que su minoridad no permita que los ejerza por sí. Quienes tengan a cargo su tenencia, debe preservarlo y acrecerlo y si se menoscaba deberá dar cuenta de ello ante la justicia. Un gran paso adelante.

El actual diseño del Código Civil en materia de usufructo paterno, desconoce que el hijo es sujeto titular de derechos, entre ellos los patrimoniales y al determinar el ingreso al patrimonio de los padres de las rentas y frutos de los bienes pertenecen al hijo, disminuye el patrimonio del hijo, vulnerando el derecho patrimonial del hijo menor<sup>10</sup>.

Sin embargo aún resta más por hacer, pues este tipo de usufructo, si bien reconoce el derecho, no reglamenta con especificidad los procesos a llevar adelante en caso que sobre quienes recaiga la tenencia incumplan en sus obligaciones, especialmente los tipos. Todo avance es positivo, pero aún hay mucho para hacer, especialmente en todos aquellos comprometidos con la temática de los niños, niñas y adolescentes (magistrados, funcionarios y demás operadores jurídicos) para poder pasar de la proclama a los hechos.<sup>11</sup>

## CONCLUSIÓN

El Código Civil y Comercial de la Nación importa una evidente evolución en la respuesta a la problemática que plantean las uniones convivenciales, respetando el principio de autonomía de la voluntad y el principio de solidaridad familiar.

Ello por cuanto los miembros de la unión convivencial pueden someterse al estatuto previsto por la ley o formular pactos de convivencia, observando un piso mínimo que se ajuste precisamente a los principios de solidaridad familiar y de equidad.

Dentro de ese mínimo se consagra la protección de la vivienda familiar tanto durante la convivencia de la unión, como al producirse la ruptura de la pareja.

---

<sup>10</sup> Urbaneja, Marcelo E. (2015) Usufructo, Facultad de Derecho, Universidad Católica, Biblioteca digital de la Universidad Católica Argentina. Disponible en: <http://bibliotecadigital.uca.edu.ar/repositorio/contribuciones/usufructo-marcelo-urbaneja.pdf>

<sup>11</sup> Cavagnaro, María Victoria y Colazo, Ivana Inés (2013) Las niñas, niños y adolescentes como sujetos de derecho frente a la figura del usufructo paterno-materno: Una mirada a partir del interés superior del niño y de la capacidad progresiva: Su abordaje desde la legislación vigente y proyecto de reforma de Código Civil y Comercial de la República Argentina. Infojus, 04/01/2013. Disponible en: <http://www.infojus.gob.ar/maria-victoria-cavagnaro-ninas-ninos-adolescentes-como-sujetos-derecho-frente-figura-usufructo-paterno-materno-una-mirada-partir-interes-superior-nino-capacidad-progresiva-su-abordaje-desde-legislacion-vigente-proyecto-reforma-codigo-civil-comercial-republica-argentina-dacf130019-2013-01-04/123456789-0abc-defg9100-31fcanirtcod>

En este último supuesto, se contempla la atribución del hogar familiar o común que puede ser objeto de pacto entre los convivientes, pero también resuelta por decisión judicial, prefiriéndose necesariamente al conviviente que tiene a su cargo el cuidado de los hijos menores de edad o con discapacidades.

Si bien la nueva normativa establece un límite temporal para la atribución del hogar de dos años a contar desde que se produjo el cese de la convivencia; su expresa inclusión constituye el reconocimiento legal del marco protectorio elemental de un derecho básico de la niñez.

Por lo demás, siempre queda la vía de considerar a la vivienda como un rubro que integra la prestación alimentaria a cargo del progenitor no conviviente y así extender el plazo de atribución de uso de la vivienda familiar teniendo en cuenta el interés superior del niño, su autonomía progresiva y su opinión, conforme su edad y grado de madurez.

Finalmente cerramos esta ponencia meditando sobre la figura del usufructo, el remodernizado “bien de familia” y el dominio. Es de destacar que la figura del usufructo ha mutado hacia un concepto más amplio, con nuevos sujetos activos y que al extenderse su campo, de alguna forma restringe en la materialidad de la cosa al nudo propietario por nuevas causales no conocidas en el derogado Código Civil.

También las facultades de disposición se han visto más limitadas para el dominus, un camino que la venía transitando con la reforma 17711, quizás no tan tajante como lo condiciona en la actualidad la ley 26994. Pero el fin mayor justifica los cambios: la protección integral de los menores y aquel conviviente que al finalizar la relación carezca de un techo o durante la relación proteja el techo con la aplicación de la figura de protección a la vivienda familiar.

~~

## Responsabilidad Civil del Estado

### Infracciones de tránsito: Cuando la recaudación como único objetivo se convierte en deber de indemnizar

Por Hugo Mauricio Trigo<sup>1</sup>

**SUMARIO:** I.- Introducción. II.- Breve síntesis del caso bajo análisis. III.- El fallo dictado. Los daños y perjuicios reparables: 1) el reclamo de la parte actora. 2) la sentencia y el reconocimiento de los daños. 3) la responsabilidad del Estado y su subsistencia. IV.- Algunas conclusiones.

#### **I.- INTRODUCCION.**

La cuestión de las infracciones de tránsito constatadas a través de instrumentos mecánicos en el territorio de la Provincia de Buenos Aires genera variados planteos por nulidad de los procedimientos administrativos, aun cuando es sabido que muchas 'infracciones' terminan siendo asumidas por los 'presuntos infractores' ante los condicionamientos o limitaciones que arbitrariamente se imponen para la realización de actos de carácter personal, aún sin existir una sentencia de condena.

Es cierto también que el administrado, usuario, en ocasiones se encuentra en la situación de afrontar un gasto al que puede no estar obligado pero que le resulta menos costoso y menos "traumático" que contratar los servicios de un profesional para hacer valer realmente sus derechos.

En esta ocasión toca la oportunidad de analizar un fallo ejemplificador, no tanto por las sumas reconocidas sino por la condena y sus fundamentos, por el reconocimiento de las consecuencias de la conducta asumida por el Estado provincial a través de sus órganos administrativos, es decir, por el expreso reconocimiento de la subsistencia de la responsabilidad civil del Estado.

---

<sup>1</sup> Abogado (Universidad Nacional de Mar del Plata) Matriculado en el Colegio de Abogados del Departamento Judicial Dolores.

Cabe destacar que la sentencia dictada en la instancia de origen ha adquirido firmeza en virtud de haberla consentido la propia Provincia, por lo cual tiene ya el carácter de “*cosa juzgada*” en el pleno sentido del concepto.

## **II.- BREVE SINTESIS DEL CASO BAJO ANALISIS.**

La actora fué imputada y perseguida por cuatro (4) supuestas infracciones de tránsito que habrían sido constatadas en la Ruta Provincial 11 Interbalnearia y en la Autovía Provincial 2, todas fechadas en el año 2.010.

Las actas de tales infracciones nunca le fueron notificadas en forma legal y fehaciente; sin embargo tanto las infracciones supuestas como los datos personales se comunicaron al Registro Unico de Infractores de Tránsito de la provincia (R.U.I.T.), a la Dirección Nacional de los Registros de la Propiedad del Automotor (D.N.R.P.A.) y, como si fuera poco, se cargaron en la página web de consulta de infracciones de la Provincia de Buenos Aires que resulta de acceso al público en general. En esas condiciones, se la catalogaba como infractora y deudora sin haberse previamente acreditado dicha situación, sin existir sentencia de condena firme y previa.

Se la perseguía como infractora única y exclusiva por resultar titular registral del vehículo, lo que era parcialmente cierto, pues era en realidad cotitular, es decir, el automotor se encontraba inscripto a nombre de dos personas. Sin embargo el Estado sólo perseguía a una sin fundamentar acabadamente el por qué, pues al constatar las supuestas infracciones no se habían seguido los procedimientos legales y por lo tanto ninguna prueba existía. Ello no era más que una sanción anticipada y una estigmatización sin fundamento alguno, una violación lisa y llana a la privacidad, la dignidad y también a la defensa en juicio.

Enterada la persona afectada, a través de una consulta realizada en la Seccional local del Registro del Automotor al intentar realizar un acto, interpuso los debidos descargos administrativos –ejerciendo el derecho al comparendo voluntario- cuestionando las diversas deficiencias de los procesos administrativos y sobre todo su calidad de deudora y de infractora púes nada surgía que así lo acreditara.

Ante la falta de impulso por el Juzgado Administrativo, a pesar de presentarse personalmente en reiteradas oportunidades, debió solicitar por escrito diferentes pedidos para que se resuelvan las causas y, finalmente, más de un pedido de pronto despacho.

Lo cierto es que jamás el órgano administrativo impulsó las causas, nunca resolvió la situación de fondo, no hubo condena ni absolución por el plazo de más de tres años desde el inicio de las causas y más de dos desde la interposición de los descargos, a pesar de lo cual las infracciones –todavía supuestas- y los datos personales continuaban siendo comunicados, registrados y publicados.

Con tal situación, la persona afectada debió interponer un recurso de queja -ya ante la sede judicial- por retardo o denegación de justicia, con el objeto de solicitar que el Poder Judicial, sentencia mediante, ordene al Juzgado Administrativo resolver las causas, es decir, a hacer lo que debía: dictar las sentencias, condenando o absolviendo, pero poniendo fin a la incertidumbre y a una persecución *sine die*.

Recién allí, después de haber sido intimado el órgano administrativo a explicar por qué no resolvía, dictó las cuatro sentencias el mismo día absolviendo integralmente a la imputada por haber probado no ser la autora de las faltas. Claro, habían transcurrido más de tres años de procedimientos seguidos contra quien no era autora de ninguna de las infracciones y con los perjuicios que la publicación de sus datos ya había ocasionado.

Como si fuera poco, debió afrontar el pago del asesoramiento letrado para todos los trámites referidos. Es en este punto que, una vez dictadas las absoluciones, decidió recurrir a la Justicia para poner blanco sobre negro y peticionar la reparación de los daños y perjuicios derivados del arbitrario e irrazonable accionar, tanto por acción –persecución sin causa- como por omisión –no resolver los procedimientos- del Estado provincial.

### **III.- EL FALLO DICTADO. LOS DAÑOS Y PERJUICIOS REPARABLES.**

#### **III.- 1) El reclamo de la parte actora.**

En primer lugar, se fundamentó la pretensión en la arbitraria e irrazonable actitud del Estado provincial que persiguió a una persona por supuestas infracciones que jamás cometió sin un procedimiento adecuado, constitucionalmente válido, así como también por la omisión del mismo Estado que, a través de la inacción de su órgano administrativo –Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito-, persiguió pero no dio adecuado marco a la garantía de defensa en juicio. Además, aunque en íntima conexión, también fue fundada en la comunicación prematura e ilegal de los datos personales de la imputada a diferentes registros públicos y sitios web de acceso público agravado ello por la calificación –indebida- como infractora y deudora cuando no existía sentencia firme que así lo estableciera. Por último y a consecuencia de todo lo anterior, también como parte de la misma argumentación, estuvo el excesivo plazo que la Autoridad administrativa “se tomó” para dictar las resoluciones de fondo que pusieran fin a las causas, lo que hizo sólo ante una orden judicial.

Cabe aclarar que la fundamentación jurídica se realizó, entre otras, en base al sistema de responsabilidad civil estructurado alrededor de las normas que contenía el anterior Código Civil que dejó de regir el 31 de julio de este año y asimismo en torno a la jurisprudencia y doctrina imperantes. En tal sentido, la reclamación estuvo sostenida en lo dispuesto por los

artículos 43, 1.112 y 1.113 del Código de Vélez, las garantías constitucionales básicas y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Concretamente, en cuanto a los reclamos indemnizatorios, se peticionó el resarcimiento de los rubros “*Daño Emergente*” y “*Daño Moral*”, por dos motivaciones bien separadas. De un lado el daño patrimonial, constituido por los gastos que la actora debió realizar en la contratación de un abogado como única manera de lograr que la Administración provincial hiciera lo que debía haber hecho hacía más de tres años. Del otro el daño extrapatrimonial, conformado por la afectación al honor tanto en su aspecto objetivo como subjetivo, por la violación de la privacidad y la dignidad pero además, o también, integrado por el malestar, la aflicción que supone el haber pasado por todo el derrotero administrativo y judicial, verse obligada a iniciar acciones que nunca habían estado en su mente ni en su proyecto de vida iniciar.

Se plantearon, subsidiariamente, diferentes inconstitucionalidades de normas incluidas en las leyes de tránsito tanto nacionales como provinciales que afectan el debido proceso y la defensa en juicio. Entre ellas, la inconstitucional presunción de la ley respecto de una autoría de las infracciones que pone en cabeza del titular registral -por el sólo hecho de serlo- en medio de un procedimiento que debería respetar los principios del Derecho Penal y Procesal Penal. Uno de ellos, la atribución de responsabilidad subjetiva, es decir, acreditando quien cometió la infracción, no presumiendo esa autoría. Llegado el momento de dictar la sentencia de fondo, se entendió innecesario tratarlas pues ya no se discutían dichas cuestiones que habían quedado finiquitadas, y por ello el planteo en forma subsidiaria.

### **III.- 2) La sentencia y el reconocimiento de los daños.**

La decisión dictada por el Magistrado interviniente, titular del Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo de Dolores, hizo lugar a la demanda con fecha 25 de septiembre de éste año.

Hizo mérito de los hechos alegados y de las pruebas producidas y en base a ello reconoció la existencia del daño moral reclamado condenando a la Provincia de Buenos Aires al pago de una suma de dinero con más los intereses pertinentes y las costas del juicio.

Rechazó, sin embargo, el pedido de reconocimiento del daño emergente, al que calificó como lucro cesante, entendiendo que ya se había agotado la cuestión al discutirse ante el fuero penal.

Más allá de no compartir tal visión en cuanto al daño patrimonial –emergente-, lo cierto es que desde la parte actora se decidió NO recurrir –en realidad desistir del recurso en virtud del consentimiento de la demandada- ante el Tribunal de Alzada en razón de valorar los



tiempos procesales reales, la escasa entidad del daño patrimonial reclamado y por no ser ésta una *“lucha económica”*. Es decir, el daño moral, que era lo importante como perjuicio -no tanto como indemnización- y que es lo ejemplificador del caso, ha sido reconocido en forma elocuente.

Ha dicho en este sentido el Juzgador que *“Ha quedado debidamente acreditado, que la actora sufrió como consecuencia del actuar ilegítimo de la demandada, padecimientos y afecciones que superaron las que normalmente debe afrontar, un ciudadano que acude reclamando a la autoridad administrativa, cuestiones bajo su competencia, de escasa complejidad para adoptar la decisión.”*.

Agregó que *“...por el contrario, dicha autoridad administrativa, con su actuar – actuaciones y omisiones-, de los deberes que exigen la función para la cual fue creada, vulneraron además del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de razonabilidad de los plazos, afectando por ello valores extra patrimoniales de Suárez, que deben ser resarcidos.”*.

Y finalmente sostuvo que *“Las injustificadas demoras en la tramitación de los procedimientos y su resolución, la inclusión de los datos de la actora como infractora y deudora en registros de la web –a los que cualquiera puede acceder, teniendo en número de D.N.I. de la persona-, por un alongado e injustificado lapso temporal, no resultan baladí, dado que en una comunidad pequeña como Dolores –en comparación con las grandes urbes-, casi todos se conocen y las noticias trascienden rápidamente.”*.

Así, concluyó expresando que *“Todos los motivos y razones enumerados –que no son las únicas secuelas-, constituyen justificación más que suficiente, para considerar que la hoy actora, como ciudadana ha padecido un estado emocional adverso, derivado de la situación de desamparo, a la que se vio sometida en el sinuoso recorrido por la instancia administrativa, pretendiendo que se resolviera su situación –confr. Doctrina, C.A.C.A.M. d P., in re “Sosa” y “Medina Assirto”-, repercutiendo ello en su tranquilidad espiritual, lo que supera el piso de molestias, inconvenientes y disgustos, a partir del cual el perjuicio se configura y se torna indemnizable -confr. Doctrina, C.A.C.A.M. d P., in re “Romero” y “Rivero”, también citados en la jurisprudencia del Tribunal de Alzada-.”*.

### III.- 3) La responsabilidad del Estado y su subsistencia.

Un tema que ha suscitado, suscita aún, y seguro suscitará por mucho tiempo arduas discusiones y que merece sin dudas un párrafo aparte, es el atinente a la responsabilidad del Estado.

En la materia, como sabemos, existe una dualidad de sistemas normativos y una gran laguna legal, un enorme vacío, todo a la vez. Es que por un lado tenemos la Ley Nacional de Responsabilidad del Estado N° 26.944 vigente desde el año 2.014 especialmente dirigida al tema y por el otro el flamante Código Civil y Comercial de la Nación vigente desde el 1 de agosto del corriente año que entre los “*Supuestos Especiales de Responsabilidad*” asume - luego de la intervención del Poder Ejecutivo Nacional- una posición similar a la de la norma recién mencionada. Ambos sistemas debieran completarse o complementarse, sin embargo sostienen algo similar pero en dos cuerpos separados. Ambos instituyen lo que he denominado la “[ir]responsabilidad” del Estado y de los funcionarios públicos ante los daños provocados en el ejercicio de las funciones a las que son llamados.

Pero más allá de las opiniones personales, propias y ajenas, hoy tenemos un fallo judicial que es lo que convoca nuestra atención. Me remitiré a su texto para evitar, al menos aquí y en éste momento, caer en subjetivismos.

Así, el decisorio se propuso en primer término la tarea de desandar el espinoso tema de la sucesión de leyes en el tiempo.

En tal sentido dijo que “[...] *al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo [...]*”, para concluir que “[...] *De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. Art. 31 y art. 75 inciso 22º). Tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico porque estos se sintetizan en el mandato de «afianzar la justicia» contenido en el Preámbulo de nuestro Constitución, que no es letra vana [...]*”.

Seguidamente, la sentencia se hizo cargo directamente y sin reparos de la cuestión de la responsabilidad del Estado tamizando las normas dictadas por el Congreso Nacional a la luz de la Constitución Nacional y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos.

Recordó así que “[...] *antes de la entrada en vigencia del mencionado marco normativo, luego de una dilatada creación pretoriana desarrollada en los distintos ámbitos jurisdiccionales, se consolidó la doctrina que admitía la aplicación de las normas del Código Civil, en todo lo atinente a la responsabilidad estatal [...]*”.

Sostuvo que “[...] *Actualmente [...] tenemos que por un lado, la responsabilidad del Estado, se rige a partir de la entrada en vigencia del nuevo marco normativo, por las normas y principios del derecho administrativo nacional o local según corresponda; y que por otro lado, la responsabilidad del funcionario y del empleado público, por sus hechos u omisiones en el*

*ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, se rigen por las normas y principios –también como en el caso anterior– del derecho administrativo nacional o local, según corresponda [...]”.*

*Pero agregó que “[...] Atento al panorama descrito, puede ya apreciarse que en el ámbito provincial –ante la inacción de la Legislatura local–, existe prima facie un vacío normativo, que debe llenarse, ante el riesgo de quedar desamparados aquellos justiciables, que acudan a la vía judicial, para hacer valer sus eventuales derechos, por la afectación de sus bienes, en hechos que tuvieran como posibles responsables al Estado local, sus funcionarios o empleados [...]”.*

*Así manifestó que “[...] Ningún juez puede desentenderse de la tarea de dirimir un conflicto llevado a su resolución, por ausencia de normas internas que impidan el normal recorrido de dicha vía, ante la falta de recaudos que debió adoptar el legislador oportunamente. Ello implicaría la negación al acceso a la justicia, y la afectación del debido proceso y derecho de defensa [...]”.*

*Abundando en la temática y haciendo una aplicación armónica y sistemática de todas las fuentes hoy llamadas para resolver los casos de acuerdo lo que expresa el artículo 2° del nuevo Código Civil y Comercial, dijo que “[...] resulta plenamente aplicable en este nuevo escenario normativo como complemento imprescindible para juzgar la responsabilidad estatal, la jurisprudencia emanada de los leading cases de la Corte Suprema, en M. 802. XXXV. “Mosca, Hugo Arnaldo” y Z. 15. XXIII. “Zacarías, Claudio H.”, sin que sea menester acudir a las normas del nuevo Código Civil y Comercial, en ausencia de ley especial en el territorio bonaerense [...]”.*

*Para finalizar, advirtió que “[...] ante la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la veda expresa en ese texto de acudir a sus normas para el tratamiento de la responsabilidad estatal, entiendo que ello nada obstaría a la aplicación de las normas del nuevo ordenamiento, para determinar resarcimientos por los daños provocados y/o como eventualmente resuelvan los Tribunales superiores –en igual sentido que la jurisprudencia de las Cámaras citadas supra–, correspondería para al caso de marras la aplicación de las normas vigentes al momento de los hechos que motivan el sub iúdice [...]”.*

*En relación a los hechos que hacen al fondo de la cuestión litigiosa, es decir, los hechos generadores de los daños reclamados, expresó que “[...] Ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados precedentes, en relación tanto a los procesos judiciales como procedimientos administrativos, que, **el debido proceso**, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos [...]”, aclarando que ello “[...] comprende varios extremos, entre ellos el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. Añadiendo además, que estas pautas o directrices alcanzan en sus obligaciones de respetarlas, a los funcionarios administrativos [...]”.*

Luego ingresó en el análisis de la normativa procedimental, la actuación concreta del Juzgado Administrativo de Faltas Provincial y la que debió realizar, citando precedentes de la Cámara marplatense en los que se sostiene que “[...] Lo expuesto hasta aquí es suficiente para poner al desnudo, consecuentemente, el proceder antijurídico de la accionada, quien manipuló sin sustento legal información inexacta referente al actor, asentando y dando a conocer públicamente la existencia de deudas por infracciones de tránsito registradas a su nombre, aunque no determinadas por resolución firme conforme el procedimiento aplicable [...]”.

Recordó que “[...] bajo la aparente supremacía del valor «seguridad vial», es posible reconocer en la normativa bajo análisis -tal como lo afirmara el juez de la instancia- la presencia de una finalidad netamente recaudatoria que, por ello, la torna irrazonable, a la luz de la clara disposición del art. 28 de la Constitución Nacional [...]”.

Destacó, recurriendo a la doctrina sentada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que “[...] Uno de los reproches más justificado que hace la actora a las acciones y omisiones en que incurriera la demandada, tiene relación directa con el transcurso del tiempo, esto es con los plazos que se tomó la autoridad administrativa, para resolver cuestiones de escasa complejidad en el trámite. Puede hablarse entonces, de que lejos estuvo el actuar de la accionada, para cumplir con sus deberes y obligaciones –que son múltiples-, como es por ejemplo la búsqueda de la verdad jurídica objetiva y decidir en un plazo razonable [...]”.

Reconoció expresamente que “[...] La actividad “procedimental y procesal” del interesado, fue continua, intensa e ininterrumpida, acudiendo a todas las vías posibles, ante la injustificada inacción de la demandada, existieron tal cual se halla acreditado, dos presentaciones administrativas para que la autoridad resolviera su situación, un pronto despacho, y un recurso de queja interpuesto ante un órgano judicial [...]”.

Finalmente concluyó que “[...] resultan plenamente acreditadas las deficiencias de la administración tanto en sus actuaciones en los cuatro procedimientos que motivan el sub lite, como en las omisiones en las que oportunamente incurriera, por inacción injustificada en el impulso de oficio de los respectivos expedientes administrativos [...]”, y resolvió que “[...] En virtud de los fundamentos vertidos a lo largo de la presente, corresponde condenar a la demandada, por su responsabilidad en los daños que invoca la parte actora, los que seguidamente evaluaré en su alcance, ello basado fundamentalmente en el deficiente e irregular servicio prestado por el organismo competente para el trámite (artículos 375 y 384 del C.P.C.C., 14, 18, 19, 31, 33, y 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, 10, 11, 15 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 2, 8.1., 8.2. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, -entre otras-, doctrina y jurisprudencia citada supra [...]”.

#### **IV.- ALGUNAS CONCLUSIONES.**

A modo de colofón trataré de esbozar algunas conclusiones relativas a la cuestión de los procedimientos seguidos por la autoridad administrativa provincial con motivo de supuestas infracciones de tránsito originadas en las denominadas fottomultas en relación a ésta nueva y reciente condena al Estado que reconoce la subsistencia de su deber de reparar el daño irrogado.

Ya expresé antes que la Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata confirmó un fallo dictado en el marco de un proceso de amparo en el que se declaró la inconstitucionalidad de la norma reglamentaria que impedía la renovación de licencias a quien contare con infracciones registradas. Resumidamente, la Alzada marplatense entendió que el sistema instaurado era exclusivamente recaudatorio generando una presión arbitraria sobre los administrados con el único fin de percibir los montos de las multas sin atender seriamente a la seguridad vial.

Ese fallo ha sido citado, recordado, hoy por el Juzgador en ésta causa.

Ciertamente, no cabe extenderse en demasía aquí sobre las cuestiones procesales ni las estrictamente jurídicas, interpretaciones y aplicabilidad de normas. El objeto es simplemente informar y mostrar que, a raíz de la actuación de los órganos administrativos del Estado, que puede calificarse de errónea, irregular, arbitraria y carente de fundamento constitucional o, más bien, en franca violación a las garantías consagradas en la Norma Madre del sistema jurídico, nace el deber de reparar y así fue reconocido.

En otras palabras, no sólo la provincia dejó de percibir las sumas por infracciones que arbitrariamente pretendía cobrar sino que para ello puso en marcha todo un sistema irregular que cuesta y mucho, con recursos tecnológicos, humanos y económicos. Pero además, debe ahora sacar de sus propias arcas dinero para afrontar el pago de la indemnización que la justicia ha reconocido.

El mero objetivo recaudatorio, se ha convertido lisa y llanamente en la obligación de reparar el daño por haber cumplido el Estado provincial una de sus funciones en forma ilegal, arbitraria, irrazonable.

No es esta una alegación en defensa de los infractores. Quien infringe la ley debe esperar y cumplir las sanciones que corresponden. Pero es el Estado quien está, en ejercicio del monopolio de la fuerza, en inmejorable situación y condición para acreditar en debida forma las infracciones y quienes las cometen realmente.

No puede tolerarse que se valga de una presunción que en los hechos genera una especie de responsabilidad objetiva en el ámbito penal, ni menos un alargamiento de los plazos y una inacción absoluta que únicamente tiene como objetivo extorsionar, poner al administrado entre la espada y la pared: sin resolución y con el paso del tiempo, en algún momento deberá pagar reconociendo una infracción que quizás nunca cometió.

Reitero mi convencimiento de que una sociedad mejor, más justa, más equitativa y a la vez más libre, es posible. La concreción sólo depende de nosotros.

~~

### **A CONTINUACIÓN, EL FALLO COMPLETO:**

Dolores, 25 de septiembre de 2015.

#### **AUTOS Y VISTOS:**

Estos autos caratulados "**S., M. A. C/ PROVINCIA DE BUENOS AIRES S/ PRETENSIÓN INDEMNIZATORIA**", (**expediente 8459/2.013**), en trámite por ante este Juzgado de Primera Instancia en lo Contencioso Administrativo N° 1 del Departamento Judicial Dolores, los que se encuentran en estado de dictar sentencia, y de los cuales;

#### **RESULTA:**

**A.-** Que a fs. 28/62 vta., se presenta por su propio derecho la Sra. **M. A. S.**, con el patrocinio letrado del Dr. **HUGO MAURICIO TRIGO**, manifestando que viene a promover demanda por "**daño y perjuicios**" contra la **PROVINCIA DE BUENOS AIRES** (Ministerio de Jefatura de Gabinete de Ministros, Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial, Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial de Dolores, Registro Único de Infractores de Tránsito y/o demás entes y/o funcionarios responsables), solicitando se haga lugar a la **pretensión indemnizatoria** condenando a la demandada a resarcir, los daños ocasionados, con motivo de la irregular y arbitraria actuación de los órganos referenciados, por la suma de **pesos treinta y siete mil cuatrocientos ochenta y uno con sesenta**, o lo que en más o en menos resulte de la prueba a producirse, con más los intereses correspondientes, gastos y costas del juicio.

Fundamenta su legitimación activa, aduciendo que fue co propietaria y cotitular registral del vehículo automotor marca *Volkswagen* modelo Gol, dominio GOC-147, hasta el día 13 de mayo de 2.011.

Explica, que la accionada con fundamento exclusivo en dicha titularidad, impulsó cuatro acciones persecutorias, mediando falsa acusación e imputación –únicamente en su contra-, por supuestas infracciones de tránsito, las cuales concluyeron, con el dictado de sentencias absolutorias.

Respecto a la legitimación pasiva, expone que la Provincia de Buenos Aires, sus entes, órganos y/o funcionarios, resulta la única legitimada a través de un triple encuadre, que luego describe. Y afirmando, que es la única y exclusiva generadora de la afectación de sus derechos individuales, por la arbitraria persecución en su contra, y la irrazonable inclusión en el Registro de Infractores, y la inexplicable mora en la emisión de la decisión final.

Justifica el cumplimiento de los requisitos de admisibilidad, se explaya sobre el plazo de interposición de demanda, y sobre la improcedencia de reclamo administrativo previo para solicitar daños y perjuicios derivados de la actuación administrativa, por tratarse de

responsabilidad civil extracontractual, no derivada de la invalidez o anulabilidad de un acto concreto.

Con relación a los hechos, comenta que tomó conocimiento de manera circunstancial sorpresiva de la existencia de diferentes causas por supuestas infracciones de tránsito, en las que se le imputaba en forma exclusiva, la comisión de las conductas reprochadas y las que jamás habían sido notificadas legalmente.

Narra, que ello fue, el día 26 de octubre de 2.010, en oportunidad de apersonarse junto a su esposo –co titular registral- a la Seccional Dolores de la Dirección Nacional de los Registros de Propiedad Automotor (D.N.R.P.A.), con el fin de iniciar los trámites de trasmisión de dominio sobre el vehículo –en ese momento de su propiedad en un 50 % para cada cónyuge-.

Aclarando, que la transferencia intentada, se debía a una operación de compraventa previamente concluida verbalmente, que a la postre se vio frustrada, por la información suministrada por el ente registral.

Expone, que en virtud de lo relatado, se dirigió al Juzgado Administrativo correspondiente, para solicitar información detalladas de las causas, informándosele allí, que dos de estas causas correspondían a infracciones supuestamente cometidas en jurisdicción de Mar del Plata o partido de General Pueyrredón, y que debía dirigirse allí.

Advierte, que cansada de esperar una notificación o citación, efectuó el día 30 de noviembre de 2.010, el descargo correspondiente en forma independiente en cada causa.

Específica, que en las cuatro causas –que detalla-, se dirigían exclusivamente a ella, a pesar de no haber cometido las faltas y de no ser la única titular del vehículo.

Continúa su relato, sosteniendo que sin perjuicio de los descargos realizados en cada caso, la realidad es que al no dar curso al trámite administrativo, y la dilación en dictar la resolución correspondiente, le generó la molestia de seguir presentando escritos, durante más de un año y medio, sin obtener respuestas que justificaran la omisión señalada.

Destaca, que fue demasiado el tiempo que se tomó la Administración para resolver su situación, máxime cuando no realizó ningún otro acto de trámite, lo que contrasta según opina, con la celeridad con que se comunicaron al R.U.I.T. sus datos como supuesta infractora, que fueron a posteriori publicados en la página web oficial.

Agrega, al relato detalle de todo lo tramitado en la instancia judicial posteriormente, con la intervención del Juzgado Correccional N° 1 Departamental, que después de muchas dilaciones –que describe-, pudo concluir las cuestiones planteadas, pero imponiéndole las costas del proceso que había concluido, derivándose de los hechos narrados, la existencia de los daños y aclarando, que el *quantum* se acreditaría con la prueba a rendirse en este proceso.

Aborda seguidamente, la argumentación respecto del accionar arbitrario de la demandada, de la antijuricidad en el actuar y de la omisión y la mora en resolver, de la autoridad administrativa demandada.

Desarrolla argumentos respecto a la responsabilidad y su atribución a la demandada, aclarando que se encuentra en el ámbito de la responsabilidad extracontractual por actividad ilícita por parte de la Administración provincial a través de sus órganos y funcionarios.

Ampliando lo anterior, sostiene que en el *sub lite*, la cuestión refleja aristas que muestran a la actividad de la Administración como ilícita o antijurídica, y a todo evento considerando lícita la actividad estatal desarrollada, no ha sido menos irregular el cumplimiento de la función de los agentes y/o funcionarios.

Funda la responsabilidad atribuible a la demandada, en los artículos 43, 1.112 y 1.113 del Código Civil –texto anterior a la reforma-, reprocha a los responsables por la conducta desplegada, al omitir dar trámites a descargos realizados en tiempo y forma, como asimismo de retardar injustificadamente la resolución de la situación que considera persecutoria hacia su persona.

Se agravia, por la afectación de las garantías constitucionales –la defensa en juicio, la privacidad, la honra y la injerencia arbitraria, y la inviolabilidad de la propiedad-,



argumentando sobre cada cuestión en particular, y efectuando profusas citas doctrinarias y jurisprudenciales.

Reclama reparación por los daños sufridos, con fundamentos constitucionales y legales –del viejo texto del Código Civil-, solicitando resarcimiento por daños patrimoniales –*daño emergente*- y daños extra patrimoniales –*daño moral*-. Peticionado por el primero, la suma de pesos dos mil cuatrocientos ochenta y uno con sesenta, y por el segundo la suma de pesos treinta y cinco mil, o lo que en más o en menos, surgiera de la prueba a producirse, con intereses, gastos y costas del juicio.

Plantea la inconstitucionalidad del artículo 75 inciso c) de la *ley nacional 24.449*, y de los artículos 29, 32 y 35 inciso f) de la *ley provincial 13.927*, adoptando la misma postura, respecto al *Anexo V del decreto provincial 532/2.009*.

Funda en derecho. Justifica la competencia de este Juzgado para intervenir en autos. Ofrece pruebas. Hace reserva del caso federal. Peticiona.

A fs. 64, se tiene a la peticionante por presentada y parte con el carácter invocado, declarándose además, que siendo el caso *prima facie* competencia del Juzgado, se ordena el traslado de demanda.

**B.-** A fs. 67/75, comparece el Dr. **JUAN DE DÍOS BENÍTEZ**, invocando su condición de apoderado de la *demandada* **PROVINCIA DE BUENOS AIRES** –acompañando copia del instrumento, que acredita la personería-, manifestando que viene a contestar demanda, solicitando el rechazo de la acción.

Formula negativas genéricas y específicas. Aduciendo luego, que la cuestión litigiosa, sería determinar si ha existido, en primer término una ilegítima e infundada promoción de infracciones contra la actora, y si ha mediado una excesiva mora en la tramitación de los expedientes ante el Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito.

Expone sobre la inexistencia de responsabilidad y la licitud del procedimiento observado, destacando que conforme surge del *expediente administrativo 5.100-38.871/2.014*, todas y cada una de las actas de infracción a las que se hace referencia, fueron confeccionadas en observancia de lo establecido por el artículo 28 de la *ley provincial 13.927*, respecto de la utilización de instrumentos cinemómetros fijos, encontrándose reglamentado su funcionamiento por el *decreto reglamentario 532/2.009*, del *Anexo I*.

Reproduce el texto de las normas en cuestión, afirmando que el procedimiento seguido en las referidas actuaciones, su consecución y notificaciones cursadas en las mismas, han sido con estricto cumplimiento de lo previsto en el artículo 35 de la ley, 35, inciso d) del *Anexo* del decreto reglamentario.

Destaca, que conforme surge del Sistema Informático (SACIT), las notificaciones de rigor, habían sido cursadas en debido tiempo y forma, al domicilio denunciado por el titular del rodado, en ocasión de efectivizar la inscripción del mismo ante el Registro de la Propiedad Automotor N° 1.028 de Dolores, defendiendo la validez de las mismas.

Afirma, que conforme surge del escrito postulatorio, la actora fundamenta su agravio en el accionar de la Administración, en cuanto se habría apresurado a comunicar al RUIT, los datos de las supuestas infracciones, haciéndoselas visibles en la página web de esa Dirección Provincial, argumento que califica de falaz, aduciendo además un total desconocimiento de la actora de la temática.

Defiende la normativa aplicada, señalando que la misma garantiza no solo el seguimiento de los procesos administrativos, sino el fácil acceso a los mismos, su publicidad a los fines de brindar de forma constante y permanente, la posibilidad de que el particular, pueda operar fácilmente a partir de los mismos, pudiendo imprimir su boleta de pago, o accediendo a los datos de la causa para contar con una mayor cantidad de elementos, a la hora de presentar el descargo respectivo.

Agrega, que es necesario distinguir entre la posibilidad de obtener un informe general de infracciones, de aquello que genera la obligación cierta y concreta, de tener que abonar las mismas, es decir el informe de infracciones de tránsito, que emite el Registro de la Propiedad

Automotor, permitiendo que tanto el vendedor como el comprador, tome conocimiento de las multas vinculadas al rodado.

Refiere, que los argumentos de S. para dar sustento a la demanda promovida, vinculados con la toma de conocimiento de las actas de constatación, y la alegada frustración de la operación por inexistencia de deudas vinculadas al vehículo a transferir, además de no resultar probadas, caen por su propio peso, dado que la existencia de multas, no obstaba a la transmisión del dominio.

Plantea, que si la indemnización que se persigue, tiene por objeto la reparación de un perjuicio ocasionado por un supuesto equívoco accionar de la Administración Pública, resulta claro, que no están probados los extremos necesarios, para configurar la existencia de daño alguno, que permita justificar la petición de la reparación.

Niega demoras en la tramitación por parte del Juzgado Administrativo, relacionándolas con la falta de servicio y cumplimiento irregular de la función del funcionario, descartando que en el caso se den esos supuestos.

Sostiene, que en el caso la actora transitó el proceso administrativo en el que ejerció su derecho de defensa, probando no ser quien conducía, razón por la cual se dictó sentencia absolutoria al respecto. De allí infiere, que en el caso de marras y por el carácter de la materia –infracción-, no cabe dar la entidad aducida en la demanda a los pesares y padecimientos morales que habría sufrido la misma, con motivo de la promoción de la acción.

Como colofón, aborda el tratamiento del reclamo de gastos para ejercer su defensa, que plantea la actora ante el juez de faltas y por el daño moral.

Al respecto destaca, que de acuerdo a la normativa, las infracciones constatadas, si no pudiera identificarse al conductor, se seguirán contra el propietario. Y que, en ejercicio de sus derechos, la actora cuestionó las infracciones labradas, siendo estos daños que pueden resultar del procedimiento empleado para resolver la contienda, los que deben ser soportados por los particulares, pues son costos inevitables de una adecuada administración de justicia.

Cuestiona las indemnizaciones reclamadas, argumentando en cada caso, para propiciar su rechazo. También requiere se rechace, el pedido de inconstitucionalidad que efectúa la actora, sobre diversas normas, aduciendo que ha sido planteado de manera muy genérica.

Ofrece pruebas, Plantea el caso federal. Peticiona.

C.- A fs. 82 se tiene por contestada en término la demanda a Provincia de Buenos Aires. A fs. 90/92 vta., se agrega acta de audiencia preliminar. A fs. 210 vta./211 vta., se procede por intermedio del Actuario a la certificación del vencimiento del período del plazo probatorio. A fs. 214, se colocan los autos a disposición de las partes para que formulen sus alegatos. A fs. 215/222, presenta alegatos la parte actora. A fs. 225, se le da por perdido el derecho de alegar a la parte demandada, y pasan los autos para sentencia.

#### **Y CONSIDERANDO:**

I.-Que conforme los escritos postulatorios presentados por los contendientes, el ***thema decidendum*** consiste en determinar, si corresponde hacer lugar a las indemnizaciones – por daños materiales e inmateriales-, solicitadas por la actora como consecuencia de lo que considera: **1º**) por un lado, una arbitraria persecución durante más de dos años, al considerarla como única infractora –falsamente-, sin que se hubiera acreditado nunca la real comisión de las faltas, por las que fue absuelta en forma integral; **2º**) asimismo, también se agravia, por la ilegal e irrazonable inclusión con todos los datos personales denunciados, en el Registro Único de Infractores de Tránsito (R.U.I.T.), y en el registro nacional, de la Dirección Nacional de los Registros de Propiedad Automotor (D.N.R.P.A.), calificándola de infractora y deudora, cuando acreditó que no lo era. **3º**) Pero además, imputa a la demandada, por la situación e información que se hizo pública, accesible a cualquier persona que consultara la página web de la D.P.P. y S.V., a través del D.N.I., o el dominio pertinente y mediante comunicación a la D.N.R.P.A., entre otros entes; y **4º**) Por último, asume la misma actitud, por la ilegítima, infundada y excesiva mora –más de un año y medio-, en que incurrió el Juzgado Administrativo de Tránsito Provincial de Dolores, en dictar resolución decidiendo los descargos interpuestos

en ejercicio del derecho de defensa, ello agravado por el mantenimiento durante todo ese lapso, de la referida publicación en los registros mencionado. Vale destacar, que la propia actora, aclaró oportunamente que no venía a esta instancia a requerir la nulidad de acto administrativo alguno, sino solamente a reclamar por los daños y perjuicios ocasionados, por acciones y omisiones de la demandada –ver fs. 30/31 vta.-

Cabe recordar, que la demandada, desconoció los hechos invocados por la actora, defendiendo la actividad desplegada por la autoridad administrativa, como así también los distintos procedimientos administrativos iniciados ante ella, aduciendo además que no hallaban cumplidos, los requisitos que hacían a la imputabilidad del Estado por responsabilidad por actividad ilegítima –ver fs. 71 vta.-

II.- De las actuaciones administrativas incorporadas en el *sub lite*, y demás elementos que conforman el plexo probatorio, se pueden extraer los siguientes datos útiles para la resolución del caso en juzgamiento:

**Causa N° 293/2.012.- Apelaciones contravencionales- Recurso de queja por retardo de justicia- Hechos: Apelación contravención de tránsito. Imputada: S., M.- iniciado con fecha: 2-VII-2.012.-**

Con fecha de cargo **3-VII-2.012**, obra una presentación titulada **“Interpone recurso de queja por retardo de justicia (artículo 74 inc. b – ley 24.449) [...]”**, mediante la cual, la hoy actora M. A. S. con patrocinio letrado, se presentó por su propio derecho, ante el Juez Correccional en turno (Juzgado Correccional N° 1 Departamental) en las causas seguidas por **“supuestas infracciones de tránsito N° 02-999-01749017-8, 02-999-01728739-9, 02-999-01900850-4 y 02-999-01897331-7”**, planteando como *“objeto”*, la interposición de recurso de queja, a fin de obtener una decisión jurisdiccional, que conminara al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito de la Provincia de Buenos Aires, a dictar resoluciones de fondo, respecto de las causas mencionadas, sin más trámite ni dilaciones, -imponiendo las costas a dicha autoridad-, en razón del excesivo, indebido e injustificado retardo en la tramitación del proceso y dictado de las resoluciones finales –ver fs. 13/13 vta., *causa 293/2.012*.-

Luego de relatar minuciosamente los hechos, expuso que atento el tiempo transcurrido, estando vencidos todos los plazos legales establecidos en la normativa provincial aplicable, y no habiendo hasta esa fecha *“providencia o medida alguna dispuesta por el Órgano Administrativo Provincial”*, no quedaba más remedio, que ocurrir a esa instancia judicial, solicitando el dictado de resolución, que ordene el dictado de sentencia, *“sin perjuicio de su contenido y/o resultado”* –ver fs. 14/15, *causa 293/2.012*.-

Pidió también, la unificación de las distintas causas, fundó en derecho, justificó la competencia del Juzgado Correccional para intervenir, requirió se conminara al Juzgado Administrativo, a resolver los descargos efectuados, presentó pruebas, planteó el caso federal, formuló reserva de accionar por daños y perjuicios, contra el Estado provincial y/o demás responsables –ver fs. 15/17, *causa 293/2.012*.-

Luego de dos pedidos de informes –más otros trámites- de la Jueza Correccional, solicitando la remisión de las actuaciones –causas que motivaran el reclamo de la actora-, a la titular del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial de Dolores –la primera de fecha **4-VII-2.012**, ver fs. 18, la segunda de fecha **2-VIII-2.012**, ver fs. 22, ambas *causa 293/2.012 supra* citada-, la magistrada actuante, emite la siguiente providencia con fecha **13-IX-2.012**: *“[...] Atento el tiempo transcurrido sin haberse recibido respuesta al oficio librado al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores; [...] reitérese dicho oficio en los términos «con carácter de urgente y haciéndosele saber de su anterior» [...]”*, -ver fs. 23, *causa 293/2.012*.-

Con fecha **30-XI-2.012**, la Jueza Correccional, dicta la siguiente resolución: *“[...] Primero: Que con fecha 03 de julio del corriente año 2012, M. A. S., presenta recurso de queja en los términos del Artículo 74 inc. B) de la Ley Nacional de Tránsito N° 24.449, a fin de obtener una decisión jurisdiccional que conmine al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito*

Provincial -Sede Dolores a dictar resolución en los expedientes 02-999-01749017-8, 02-999-01728739-9, 02-999-01900850-4 y 02-999-01897331-7.-

Que a fs. 18 con fecha 4 de julio del corriente año, la Suscripta tiene por presentado el recurso de queja interpuesto y requiere al a quo la remisión de las actuaciones correspondientes.

Con fecha 30 de julio de 2012 se recepcionó oficio proveniente del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores en el cual se informó que resultaba imposible la remisión a este Juzgado, de copias de los Expedientes Contravencionales ya que la causa se encontraba cerrada y el sistema operativo imposibilitaba ver y/o emitir actuaciones, haciéndose saber que cerrada significaba concluida por el dictado de una resolución, en el caso absolutoria, dictada de acuerdo a las presentaciones bajo la modalidad de descargo realizada por la Señora S. M. A., sin informarse la fecha de dicha resolución [...].

Que con fecha 2 de agosto del corriente año y habiéndose mantenido comunicación telefónica con el Sector Soporte Técnico de la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial de la Provincia de Buenos Aires, se requiere al a quo la remisión de copia de la resolución dictada [...].

Que con fecha 13 de setiembre de 2012 se reitera dicha petición y se libra oficio a la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial de la Provincia de Buenos Aires a los efectos de poner en conocimiento lo manifestado por la Titular del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores, en cuanto a la imposibilidad de remitir las copias peticionadas las cuales resultaban imprescindibles para resolver; solicitando, asimismo, la remisión de dichas copias por esa vía.-

Que con fecha 13 de noviembre de 2012 se reciben copias conteniendo las resoluciones dictadas por la Titular a cargo del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores [...].

Y considerando: Primero: Que conforme surge de las constancias obrantes en autos, los expedientes 02-999-01749017-8, 02-999-01728739-9, 02-999-01900850-4 y 02-999-01897331-7 se han originado en virtud de las actas de infracción que llevan los mismos números y que fueran labradas con fecha 6 de marzo de 2010, 13 de marzo de 2010, 8 de mayo de 2010 y 15 de mayo de 2010 respectivamente [...].

Que en razón de encontrarse en trámite dichos expedientes contravencionales, con fecha 12 de setiembre de 2011, S., la hoy recurrente, solicitó dictado de resolución en cada uno de ellos [...].

Al no obtener respuesta alguna al respecto, la mencionada, con fecha 24 de noviembre 2011, impetra solicitud de pronto despacho, reiterando su petición de dictado de resolución [...].

Nuevamente, y con fecha **16 de abril de 2012** –es decir habiendo transcurrido más de dos años de iniciadas las actuaciones-, la accionante peticiona nuevamente el dictado de resolución por parte del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores en los procesos que se le seguían [...].

Segundo: Que el artículo 35 de la Ley 13.927 en su inciso 3) establece que: [...].

De las actuaciones remitidas por la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial de la Provincia de Buenos Aires, surge que la Titular a cargo del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores, con fecha **30 de julio de 2012**, ha dictado resolución disponiendo la acumulación de las causas [...] y absolviendo en forma integral al imputado de autos por infracción a la Ley 13.927 [...].

Si bien la normativa vigente –Art. 35 de la Ley 13.927- no conmina con nulidad el incumplimiento de los plazos allí establecidos, lo cierto es que de las constancias obrantes en autos claramente surge que se ha incurrido en un retardo injustificado en el dictado de la resolución definitiva en los expedientes [...].

Tal como señalara ut supra dichas actuaciones tuvieron su inicio con fecha 6 de marzo de 2010, 13 de marzo de 2010, 8 de mayo de 2010 y 15 de mayo de 2010 respectivamente [...] y

la hoy recurrente ocurrió en tres oportunidades -12 de setiembre de 2011, es decir habiendo transcurrido un año y seis meses desde el inicio de las actuaciones; 24 de noviembre de 2011, dos meses después y 16 de abril de 2012, habiendo transcurrido más de dos años de iniciadas las actuaciones- al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores peticionando el dictado de una resolución sin recibir respuesta alguna [...].

Si bien, finalmente, y con fecha 30 de julio del corriente año **—es decir habiendo transcurrido más de 2 años y 4 meses de iniciadas las causas y luego de que fueran interpuesto el presente Recurso de Queja—**; fue dictada resolución poniendo fin al trámite de los expedientes contravencionales resolviendo absolver en forma integral a la imputada de autos por infracción a la Ley 13.927 [...], **lo cierto es que dicha demora no se encuentra justificada de forma alguna, y ha vulnerado la garantía del debido proceso y de la defensa en juicio de la presunta infractora**, correspondiendo, en consecuencia, hacer lugar al recurso de queja interpuesto por M. A. S. (Art. 15 de la Constitución Provincial, Arts. 18 y 75 inc. 22 de la Constitución Nacional y Art. 8 inciso 2) ap. H) de la C.A.D.H.).

Tercero: Sin perjuicio de lo antes expuesto, debo señalar que conforme surge de las presentes actuaciones, finalmente, con fecha 30 de julio del corriente año ha recaído pronunciamiento de la Titular del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores, en las causas en cuestión, por el cual se resuelve poner fin a los proceso que se iniciaran contra la recurrente M. A. S., absolviéndosela en forma integral por infracción a la Ley 13.927 [...].

Debo resaltar que dicha resolución fue dictada más de 2 años y cuatro meses después de labradas las presuntas infracciones y con posterioridad a la interposición del presente Recurso de Queja.

Por ello, no corresponde me expida respecto a la remisión de las presentes actuaciones al órgano de mención para el dictado de la correspondiente resolución por parte del Juzgado mencionado atento a la circunstancia sobreviniente, reitero, resolución absolutoria dictada con posterioridad a la interposición del presente Recurso de Queja y más de 2 años y cuatro meses después de iniciadas las causas (Arg. Arts. 74 inc. b) de la Ley 24.449).

Cuarto: Asimismo, surge de lo actuado, que la recurrente en tres oportunidades ocurrió ante el Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito Provincial -Sede Dolores- peticionando pronto despacho y el dictado de una resolución en las causas que se le seguían, sin recibir respuesta alguna [...].

Que recién luego de trascurridos 2 años y cuatro meses, y con posterioridad a la interposición del presente recurso de queja, se dicta resolución [...]

Que surge de lo actuado, que a fin de poder resolver el recurso interpuesto por la apelante, la Suscripta requirió al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito con sede en esta ciudad, la documental necesaria para poder resolver el mismo [...], **debiendo reiterar en dos oportunidades su diligenciamiento [...] no obteniéndose resultado al requerimiento, ya que se argumentaron cuestiones técnicas del sistema [...]. Todo ello, sin perjuicio de las numerosas comunicaciones telefónicas que debió mantener la Actuaría, con los distintos entes interesados para lograr urgir la respuesta a lo requerido, que recién provino de la Sección Antecedentes de Tránsito de la Dirección de Política y Seguridad Vial de la Provincia de Buenos Aires con fecha 13 de noviembre de 2012.**

**Que la circunstancia de hallarse informatizado el sistema precisamente debiera redundar en beneficio de la agilización de los trámites y no en desmedro de los mismos —que no es, lo que ha sucedido en el presente—. Que dicha informatización, tampoco debe impedir que los ciudadanos a los cuales alcanza un acto dictado por un órgano administrativo —en este caso en materia de Tránsito- tomen conocimiento del mismo y de los fundamentos para poder ejercer, como corresponde, los derechos que la Constitución y la Ley les acuerdan (Art. 15 de la Constitución Provincial, Arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., y Art. 8 inciso 2) ap. H) de la C.A.D.H.). Menos aún, se debiera retardar, ni mucho menos omitir, el envío de la documentación, que el órgano**



judicial revisor, requiere, en cumplimiento de una manda legal, so pretexto «de hallarse los datos informatizados» (Art. 24 inc. 4° del C.P.P. y Art. 74 inc. b) de la Ley 24.449).-

Por todo ello, resuelvo: 1.- Hacer lugar al recurso de queja interpuesto por M. A. S. [...], en expedientes 02-999-01749017-8, 02-999-01728739-9, 02-999-01900850-4 y 02-999-01897331-7 del Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito –Sede Dolores **por encontrarse vencidos todos los plazos para dictar sentencia al 10 de enero de 2011** (Art. 15 de la Constitución Provincial, Arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., Art. 8 inciso 2) ap. H) de la C.A.D.H., Art. 74 inc. b) de la Ley 24.449 y Art. 35 de la Ley 19.727).-

2.- Atento a los fundamentos expuestos en el Considerando Tercero no corresponde que me expida respecto de la remisión de las presentes actuaciones al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito –Sede Dolores para el dictado de resolución, dado que la Titular de dicho órgano se pronunció con fecha 30 de julio de 2012, absolviendo en forma integral a la recurrente por infracción a la Ley 13.927 (...), **sin perjuicio de que dicha resolución recayó más de 2 años y 4 meses después de labradas las presuntas infracciones y con posterioridad a la interposición del presente Recurso de Queja** [...].

[...] Atento las irregularidades e incongruencias que se advierten en la presente, y que he desarrollado en el Considerando Cuarto de esta resolución, líbrese oficio a la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial de la Provincia de Buenos Aires, con copia de la presente, para su conocimiento y a los fines de que se procuren instrumentar los medios necesarios para que los presuntos infractores tengan acceso a las actuaciones que les son seguidas, y los órganos judiciales, competentes para intervenir en los recursos, la documentación que sea requerida en debido tiempo y forma (Art. 15 de la Constitución Provincial, Arts. 18 y 75 inc. 22 C.N., Art. 8 inciso 2) ap. H) de la C.A.D.H., Art. 74 inc. b) de la Ley 24.449 y Art. 35 de la Ley 19.727).- [...]” –ver fs. 30/33 vta., de la causa 293/2.012. Lo destacado me pertenece.-

Notificada la resolución transcripta *supra* -a quienes determinaba la misma-, se presentó con fecha **12-XII-2.012**, el letrado patrocinante de la hoy actora, solicitando se amplíe el resolutorio dictado, imponiéndose las costas a la autoridad administrativa, y se regulen sus honorarios profesionales –ver fs. 44/45, causa 293/2.012.-

La Jueza a cargo de la causa, con fecha **18-XII-2.012**, dictó el resolutorio –que en lo pertinente transcribo-: “[...]. Segundo: Que la queja es un remedio procesal tendiente a lograr la revisión por parte de la alzada de aquellas resoluciones que deniegan la concesión de un recurso o, como en este caso, el dictado de una resolución cuando esta no haya sido dictada en el tiempo de ley.

Se aparece como garantía del derecho de defensa en juicio, evitando –entre otros riesgos- que la doble instancia no quede sólo en la letra de la ley.

Esta presentación, facultativa de la parte, no requiere sustanciación alguna. De allí que, al no haber intervención de la contraparte, no quepa condenación en costas ya que, justamente, dicha intervención es la que las origina, partiendo de la premisa de que esta condena constituye el resarcimiento de gastos de quien se vio obligado a litigar para obtener el reconocimiento de sus derechos. La ausencia de contraparte –ya que la queja no pasa de ser una cuestión suscitada entre un juez o tribunal denegante de un recurso, y una parte que plantea al superior jerárquico el erro que atribuye a dicha denegación- es lo que lleva a que no haya costas generadas en este procedimiento. Pero ello no significa que los profesionales actuantes en este trámite no perciban los honorarios que por ley les corresponde [...].

Al no haber intervención de la otra parte (la queja), no puede hablarse de vencimiento (uno de cuyos presupuestos es la existencia de contradicción), ni puede existir, consecuentemente, condena en costas al vencido, porque de hecho no lo hay. Sin embargo, ello no impide que –en la oportunidad legal pertinente- se regulen honorarios al letrado que presentó la queja, ya que se trata de gestión oficiosa que merece retribución [...].

Tercero: Que habiendo dado cumplimiento el Dr. Hugo Mauricio Trigo con el pago de los tributos de ley [...] corresponde regular sus honorarios profesionales (Art. 533, 534 y concs. del C.P.P.).

Resuelvo: I.- **No hacer lugar a la petición impetrada [...] imposición de las costas causadas a la Provincia de Buenos Aires** (Arg. Art. 531, 534 y concds. del C.P.P.)-. II.- Regular los honorarios profesionales, del Dr. Hugo Mauricio Trigo por su labor desarrollada en su carácter de Letrado Patrocinante de S. Malina A., en la suma de Pesos Dos Mil Doscientos Cincuenta y Seis (\$ 2.256). [...]", -ver fs. 46/47, de causa 293/2.012-. A fs. 54/55, del mismo expediente consta la notificación de la resolución al letrado. Posteriormente la actora, con el patrocinio letrado del Dr. Trigo interpuso recurso de apelación –ver fs. 60/69, de causa 293/2.012-. Tratada la impugnación por la Cámara Penal Departamental, éste Tribunal confirmó lo decidido por la Jueza Correccional, confirmando también los honorarios regulados y rechazando el pedido de imposición de costas a la Provincia de Buenos Aires –ver fs. 82/85, de causa 293/2.012-.

**Expediente 5.100-38.871/2.014.-** S., M. A. c/ Provincia de Buenos Aires s/ Pretensión indemnizatoria – otros juicios.-

Este expediente contiene los antecedentes del caso, copias de las presentaciones efectuadas por S., de las actas de infracción por multas, notificaciones a la actora, y en particular las respuestas brindadas por la Dirección Provincial de Política y Seguridad Vial– Sub Secretaría de Gabinete a la información requerida por Fiscalía de Estado–ver fs. 76/79-.

En las mismas actuaciones, constan resoluciones fechadas en **30-VII-2.012** en Dolores, de la titular del Juzgado Administrativo, con similar contenido, respecto de las infracciones y multas que motivan el *sub lite*, cuyos datos han sido consignados *supra*, que en lo pertinente refieren: “[...] La existencia de diversas causas en el sistema SACIT en las que el infractor imputado, en las causas [...] Considerando: 1°) Que el Código Procesal Penal de la Provincia de Buenos Aires dispone en su artículo 33 la acumulación de las causas conexas, **fundado principalmente en el principio de unicidad y economía procesal, teniendo en cuenta además la mejor y más pronta administración de la justicia** (Art. 33 del C.P.P.). 2° Que el caso imputado de marras la acumulación devendría como remedio para la posibilidad de incurrir en «strepitus foris» teniendo en consideración el número de causas que, con la receptora de la acumulación (c. n° ...), suman las suficientes para acumularlas. 3° Que no se vulneran, en la especie, las normas de competencia ni el derecho de defensa, atento que en todas las causas citadas ut supra la competencia, corresponde originariamente o por prórroga de jurisdicción, al infrascripto. 4° Que, por lo expuesto, citas legales y mi más íntimo convencimiento, RESUELVO: 1°) Ordenar la acumulación de las causas [...]. 2°) **Absolver en forma integral al imputado de autos por infracción a la ley 13927.** 3°) Tomen conocimiento la D.P.P.S.V. Notifíquese, Regístrese y Archívese”. –ver fs. 66, 69, 72 y 74, del expediente 5.100-38.871/2.014-.

**Expediente administrativo N° 22.103-8.226/2.014,** y sus Alcances, contienen copias de las actuaciones administrativas, detalladas *supra*, además de informes suministrados por la Dirección de Política y Seguridad Vial- Sub Secretaría de Coordinación Gubernamental- Ministerio de Gabinete de fecha 24-X-2.014 –ver fs. 8/15, del cuerpo “1” y cuerpo “1” Alcance 2, a fs. 5/12-.

De todo lo anteriormente citado, ha quedado debidamente acreditado: que a la actora M. A. S., se le imputaba la comisión de cuatro ***infracciones de tránsito***, supuestamente cometidas en fechas **6 de marzo de 2.010** (dos infracciones), **13 de marzo de 2.010**, y **6 de mayo de 2.010** (dos infracciones).

Que la hoy actora, al tomar conocimiento de estos hechos, se presentó espontáneamente ante la autoridad administrativa en tres oportunidades: el **12 de setiembre de 2.011** (Solicitando el dictado de resolución en cada uno de los expedientes); el **24 de noviembre de 2.011** (Solicitando pronto despacho), y el **16 de abril de 2.012** (requiriendo al Juzgado Administrativo de Infracciones de Tránsito de Dolores el dictado de resolución en todos los casos).

Que la Sra. S., al no obtener ninguna respuesta de la demandada, presentó ante el Juzgado Correccional N° 1 de Dolores, con fecha **3 de julio de 2.012** un “*Recurso de queja por retardo de justicia*”, que tuvo rápido trámite por la Magistrada actuante, a pesar de las



negativas injustificadas de la Jueza Administrativa, -en varias oportunidades, requeridas por oficio y verbalmente- de remitirle los antecedentes del caso para resolver. Advierto, que todas estas circunstancias se hallan plasmadas en la **resolución** dictada por la Sra. Magistrada a cargo del Juzgado Correccional con fecha **30 de noviembre de 2.012** haciendo lugar al recurso de queja –ver fs. 30/33 vta., de la *causa* 293/2.012, *supra* reproducida en lo pertinente-.

Cabe advertir, que tal como sostuvo la Titular del Juzgado Correccional en su sentencia, al momento de decidir sobre la queja, tuvo conocimiento de que la funcionaria administrativa competente, había dictado con fecha **30 de julio de 2.012**, resolución absolviendo a M. A. S., en forma integral por todas las infracciones que habían sido motivo de la imputación exclusivamente hacia su persona.

III.- Recientemente, en el ámbito jurisdiccional nacional, se trató el tema del nuevo Código Civil y Comercial de Nación, en relación al juzgamiento de hechos acaecidos anteriores su entrada en vigencia. Así se expuso, que: “[...] *antes de ingresar en la consideración de las cuestiones sujetas a recurso, y ante la vigencia de normas sucesivas en el tiempo, se hace necesario determinar los alcances del nuevo texto legal en el presente caso. Al respecto el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación fija en su artículo 7° las reglas a seguir en estos casos estableciendo que: «A partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo».*

*Como se aprecia, en materia de derecho intemporal, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo y salvedad hecha de la evidente omisión incurrida en el primer párrafo del adverbio «aún», el nuevo cuerpo legal ha decidido mantener el mismo texto y sistema que el derogado art. 3° del Código Civil, según reforma de la ley 17.711.*

*De este modo, con las aclaraciones ya realizadas en materia contractual, el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación es aplicable a las relaciones y situaciones jurídicas futuras; a las existentes a la fecha de entrada en vigencia, tomándolas en el estado en que se encuentren- en este caso regirá los tramos de su desarrollo no cumplidos- y también a las consecuencias no agotadas de relaciones y situaciones jurídicas constituidas bajo el amparo de la antigua ley.*

*Pues bien, al ser el daño un presupuesto constitutivo de la responsabilidad (cfr. arts. 1716 y 1717 del Código Civil y Comercial de la Nación y art. 1067 del anterior Código Civil), aquél que diera origen a este proceso constituyó, en el mismo instante en que se produjo, la obligación jurídica de repararlo.*

*En consecuencia, dicha relación jurídica, al haberse consumado antes del advenimiento del actual Código Civil y Comercial de la Nación, debe ser juzgada –en sus elementos constitutivos y con excepción de sus consecuencias no agotadas-, de acuerdo al sistema del anterior Código Civil –ley 17711 (ver en ese sentido, Luis Moisset Iturraspe de Espanes, «Irretroactividad de la ley», Universidad de Córdoba, 1975, en especial p. 22 y 42/43, p. IV, apartado «b»).*

*Esta solución que siguió el Tribunal en pleno, ir re, «Rey, José J. c. Viñedos y Bodegas Arizu S.A.» del 21/12/1971, publicado en La Ley on line, AR/JUR/123/1971, cuando luego de sancionarse la reforma de la ley 17711 se produjeron resoluciones contradictorias respecto de la aplicación temporal de esta. Allí la mayoría entendió que el hecho ilícito se produce instantáneamente, no quedando sometido a acción alguna del tiempo, por lo cual corresponde atribuir a la ley antigua la regulación de los presupuestos de existencia de la obligación a reparar el daño causado, así como se contenido, inclusive la extensión del daño y su evaluación (cfr. Belluscio, Augusto C. y Zanoni Eduardo A., «Código Civil y leyes complementarias...», Buenos Aires, 1979, tomo 1, p. 28).*

*En suma, más allá de considerar que en lo atinente a la aplicación temporal del nuevo Código Civil y Comercial de la Nación ha de seguirse una hermenéutica que no limite su efectiva vigencia, pues como recordaba Vélez en su nota al viejo art. 4044 –luego derogado por la ley 17.711- «el interés general de la sociedad exige que las leyes puedan ser modificadas y mejoradas, y que las leyes nuevas, que necesariamente se presuponen mejores, reemplacen cuanto antes a las antiguas, cuyos defectos van a corregir», en este caso puntual, rige la limitación ya señalada por la aplicación del principio consagrado en el art. 7 del mismo cuerpo legal.*

*De todos modos, con Código viejo o nuevo, la interpretación que guíe esta decisión, y cualquier otra, no puede desconocer la supremacía de la Constitución Nacional, ni los tratados de derechos humanos en los que la República sea parte, no ya porque lo recuerde el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (art. 1º y 2º), sino porque así lo manda la Constitución Nacional (cfr. Art. 31 y art. 75 inciso 22º). Tampoco pueden soslayarse los valores que inspiran nuestro ordenamiento jurídico porque estos se sintetizan en el mandato de «afianzar la justicia» contenido en el Preámbulo de nuestra Constitución, que no es letra vana.”, (C.N.Com, sala B, agosto 6-2015.- “**M., J. E. c/ V., O. H. y otros s/ daños y perjuicios (acc. Trans. c/les. o muerte)**”. Lo destacado me pertenece).*

Sin perjuicio de lo expresado por el Tribunal nacional, también me ha expedido en un caso anterior de este Juzgado, respecto a la entrada en vigencia del Código Civil y Comercial y su incidencia, en casos cuyos hechos y supuestos daños, se produjeron antes de acaecer dicha circunstancia.

Ante la entrada en vigencia del nuevo texto del Código Civil y Comercial en el pasado mes, se suscita una cuestión respecto a la ley aplicable al caso a resolver, que previamente es menester seguidamente aclarar.

Así las cosas, tengo, que la denominada “*Responsabilidad Estatal*” -Ley 26.944).- (Sancionada: Julio 2 de 2014- Promulgada de Hecho: Agosto 7 de 2014, ver publicación en *Infoleg*), en su primer artículo (atendiendo al texto expreso del nuevo Código Civil y Comercial (C.C. y C.), que comenzara a regir el 1º de agosto del corriente año), prevé que: “*Esta ley rige la responsabilidad del Estado por los daños que su actividad o inactividad les produzca a los bienes o derechos de las personas.*

*La responsabilidad del Estado es objetiva y directa.*

*Las disposiciones del Código Civil no son aplicables a la responsabilidad del Estado de manera directa ni subsidiaria.*

*La sanción pecuniaria disuasiva es improcedente contra el Estado, sus agentes y funcionarios”.*

Cabe recordar, que otrora antes de la entrada en vigencia del mencionado marco normativo, luego de una dilatada creación pretoriana desarrollada en los distintos ámbitos jurisdiccionales, se consolidó la doctrina que admitía la aplicación de las normas del Código Civil, en todo lo atinente a la responsabilidad estatal.

Actualmente ante la redacción de los artículos 1.765 y 1.766 del código de fondo *supra* citado, tenemos que por un lado, la responsabilidad del Estado, se rige a partir de la entrada en vigencia del nuevo marco normativo, por las normas y principios del derechos administrativo nacional o local según corresponda; y que por otro lado, la responsabilidad del funcionario y del empleado público, por sus hechos u omisiones en el ejercicio de sus funciones, por no cumplir sino de una manera irregular las obligaciones legales que le están impuestas, se rigen por las normas y principios –también como en el caso anterior- del derecho administrativo nacional o local, según corresponda.

Atento al panorama descripto, puede ya apreciarse que en el ámbito provincial –ante la inacción de la Legislatura local-, existe *prima facie* un vacío normativo, que debe llenarse, ante el riesgo de quedar desamparados aquellos justiciables, que acudan a la vía judicial, para hacer valer sus eventuales derechos, por la afectación de sus bienes, en hechos que tuvieran como posibles responsables al Estado local, sus funcionarios o empleados.

Dicha situación, no resulta baladí contrastada con los derechos y garantías que amparan a los habitantes del territorio nacional y provincial, y en particular a partir de la sanción del texto Constitucional nacional, que en forma explícita incorpora con esa jerarquía los pactos internacionales de derechos humanos mencionados en su artículo 75 inciso 22.

A ello debo añadir, que el *Sistema Protectorio Americano de Derechos Humanos*, a través de sus órganos trasnacionales (Comisión Interamericana y Corte Interamericana de Derechos Humanos), han generado pretorianamente, luego de una marcada y loable construcción desde sus orígenes, pautas que obligan a los Estados a extremar sus recursos internos (confr. Artículos 1° y 2° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2° y 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales), para garantizar el efectivo cumplimiento de sus obligaciones, en la protección de los derechos y garantías, contenidos en los tratados internacionales, a los que nuestro país ha adherido.

Así las cosas, no puede soslayarse en este análisis, la importancia del denominado "*Control de Convencionalidad*" (ver Corte Interamericana de Derechos Humanos, casos: "*Myrna Mack Chang*" sentencia de 25 de noviembre de 2.003, Serie C N°101, voto concurrente razonado del Juez Sergio García Ramírez, párr. 27; "*Almonacid Arellano*", sentencia del 26 de septiembre de 2006, Serie C N° 154; "*Trabajadores Cesados del Congreso*", sentencia del 24 de Noviembre de 2006, Serie C N° 158 –entre otros-; y en Corte Suprema: las causas L. 733. XLII. "*Lavado, Diego*" fallo del 13 de febrero de 2.006, T. 330 P. 1135, "*Arancibia Clavel*", fallo del 24 de agosto de 2.004 - Fallos: 327: 3312, "*Simón*", fallo del 14 de junio de 2.005 - Fallos: 328:2056), "*Mazzeo*", fallo del 13 de julio de 2.007 - Fallos: 330:3248 -entre otros-). Precisamente, éste último Tribunal, en otro importante precedente, ha convalidado el deber de efectuar, para evitar la responsabilidad internacional del Estado, el control de convencionalidad por parte de los jueces locales (CSJN en "*Videla, Jorge Rafael y Massera, Emilio Eduardo s/recurso de casación*", V.281. XLV en sentencia del 31 de agosto de 2010, Fallos: 327:3117. Y también, en "*La Corte Suprema reafirma el control de constitucionalidad y el control de convencionalidad de oficio*", artículo de doctrina publicado en La Ley, 2.010-E, 197, de Andrés Gil Domínguez).

En armonía con lo antes expuesto, si bien está claramente definido que tanto la Corte Interamericana, como así también nuestro Superior Tribunal nacional, ejercen el denominado "*control de convencionalidad*", ello no necesariamente excluye –conforme lo interpreto-, que dicho control pueda ser ejercido –cuando las circunstancias de caso lo ameriten-, por los distintos tribunales de las jurisdicciones locales. Ello, estimo que es así, dado que puede inferirse de las causas citadas –jurisprudencia invocada *ut supra*-, que es tarea inexcusable de todos los órganos del Estado –en sus tres poderes, y en todas las jurisdicciones-, efectuar tanto el control de constitucionalidad como el control de convencionalidad, con el alcance que garantice el efectivo cumplimiento de los mandatos constitucionales y tratados internacionales, que conforman el amplio plexo normativo aplicable.

Ningún juez puede desentenderse de la tarea de dirimir un conflicto llevado a su resolución, por ausencia de normas internas que impidan el normal recorrido de dicha vía, ante la falta de recaudos que debió adoptar el legislador oportunamente. Ello implicaría la negación al *acceso a la justicia*, y la *afectación del debido proceso y derecho de defensa*, que ha sido receptado por los tratados internacionales incorporados al texto constitucional nacional y expresamente en el ámbito provincial, en ambos casos con las normas establecidas por los convencionales constituyentes en 1.994, con la consecuente responsabilidad internacional del Estado miembro por no acatar –entre otros-, los preceptos contenidos en los artículos 1°, 2°, 8°.1. y 25° de la Convención Americana de Derechos Humanos, y 2° y 3° del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, en armonía con los artículos 31, 75 inciso 22 de la Constitución Nacional, artículos 11° y 15° de la Constitución provincial.

Asimismo, no puede prescindirse de la jurisprudencia de nuestro Supremo Tribunal nacional, en cuanto a la aplicación de la jurisprudencia de la Corte Interamericana en cuestiones como las que nos ocupan, dado obligatoriedad a la interpretación que dicho

Tribunal tiene de la letra de los tratados internacionales sobre derechos humanos, tal como se advertía en el precedente *“Ekmekdjian c. Sofovich”*, (sentencia del 7 de julio de 1992), que fue consolidado por diversos fallos posteriores, como por ejemplo en las causas A. 93. XLV. *“Acosta, Jorge Eduardo otros s/ recurso de casación”*, (fallo del 8 de mayo de 2.012, considerandos 17° y 18°), y L. 216. XLV. *“Losicer, Jorge Alberto otros el BCRA Resol. 169/05”* (fallo del 26 de junio de 2.012, considerando 8°, 9°, 10° y 11°) –entre muchas otras-.

El jurista y actual juez de la Corte Interamericana Dr. Manuel Ventura Robles, ha definido el **acceso a la justicia** en los siguientes términos: **“El acceso a la justicia puede ser entendido como la posibilidad de toda persona, independientemente de su condición económica o de otra naturaleza, de acudir al sistema previsto para la resolución de conflictos y vindicación de los derechos protegidos de los cuales es titular. Es decir, que por este principio podemos entender la acción, ante una controversia o la necesidad de esclarecimiento de un hecho, de poder acudir a los medios previstos por los ordenamientos jurídicos nacionales e internacionales para su respectiva resolución”**, (Manuel Ventura Robles; *“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad”*, Enero, 2014. <http://www.corteidh.or.cr/tablas/MVR.pdf>. Lo destacado me pertenece).

El mismo autor en el trabajo citado *supra*, ha explicado que: *“La Corte ha establecido que el acceso a la justicia se encuentra consagrados en los artículos 8.1 y 25 de la Convención Americana. El artículo 8.1 del Pacto de San José de Costa Rica dispone: Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o autoridad competente, independiente e imparcial, establecida con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.*

*Esta disposición es clara y según ella, los Estados no deben interponer trabas a las personas que acudan a los jueces o a los tribunales en busca de que sus derechos sean protegidos o determinados.*

**Consecuentemente, cualquier norma o medida estatal, en el orden interno, que dificulte de cualquier manera, uno de ellos puede ser la imposición de costos, el acceso de los individuos a los tribunales y que no esté justificado por necesidades razonables de la propia administración de justicia, debe entenderse como contraria a la citada normal convencional.**

Por su parte el artículo 25 de la Convención Americana, que también garantiza el acceso a la justicia dispone lo siguiente:

1.- *Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.*

2.- *Los Estados Partes se comprometen:*

a)- *a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;*

b)- *a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y*

c)- *a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.*

*El artículo 25, antes citado, establece la obligación positiva del Estado de conceder a todas las personas bajo su jurisdicción, un recurso judicial efectivo contra actos violatorios de sus derechos fundamentales, derechos fundamentales que pueden estar reconocidos en la Convención Americana o por la propia ley interna”*, (Manuel Ventura Robles; *“La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en Materia de Acceso a la Justicia e Impunidad”*, citado *ut supra*).

Estos postulados, se ven perfectamente apoyados en sus cimientos, por diversas normas constitucionales del orden nacional y provincial, como son en el primer caso, el

artículo 19 que recepta el **principio alterum non laedere**; 31 de la Constitución Nacional, que confiere jerarquía constitucional a los tratados con las potencias extranjeras como ley suprema de la Nación; y obliga a las autoridades de cada provincia a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o Constituciones provinciales; el artículo 75 inciso 22, que declara y confiere jerarquía mayor que las leyes, a los tratados internacionales enumerados –entre los que se cuentan, la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales–.

Además, tal como hiciera mención, en el ámbito local, debo destacar el artículo 15 del texto constitucional vigente, que asegura la **tutela judicial continua y efectiva**, y el acceso irrestricto a la justicia a todos sus habitantes. No menos importante, resulta en el *sub lite*, recordar que la Constitución local –a propósito de los derechos que se reclaman en el caso de marras–, también le derecho perfecto de defender y de ser protegidos en su vida, libertad, reputación, seguridad y **propiedad**, sin que puedan ser privados de esos goces (artículo 10), impidiendo en la misma norma cualquier clase de discriminación; garantizando la igualdad en el goce de los derechos y garantías establecidos en la Constitución Nacional, los emanados de los tratados celebrados por la Nación y los que expresa ese texto constitucional (artículo 11), y por último, que: toda ley, decreto u orden **contrarios a los artículos precedentes** o que impongan al ejercicio de las libertades y **derechos reconocidos** en ellos, otras restricciones que las que los mismos artículos permiten, o priven a los ciudadanos de las garantías que aseguran, **serán inconstitucionales y no podrán ser aplicados por los jueces, y que los individuos que sufran los efectos de toda orden que viole o menoscabe estos derechos, libertades y garantías, tienen acción civil para pedir las indemnizaciones por los perjuicios que tal violación o menoscabo les cause, contra el empleado o funcionario que la haya autorizado o ejecutado** (artículo 57, todos de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires).

En uno de los tantos análisis de la nueva *Ley de Responsabilidad del Estado* sancionada en la Nación, la doctrina ha explicado lo siguiente: *“Finalmente, no podemos dejar de recordar que el sistema de responsabilidad estatal ha sido fuertemente interpelado en la reforma constitucional de 1.994, en los términos ya analizados, y especialmente, en materia de derechos sociales, donde en la actualidad se encuentran los más numerosos y arduos problemas en materia de responsabilidad pública.*

*Y que allí, esto es, en el sistema de derechos y garantías establecidos en los artículo 41, 42 y 43 y, por vía del artículo 75, incisos 22 y 23, en los tratados de derechos humanos que integran nuestro sistema de fuentes, más el plexo de potestades aún vigente en materia de servicios públicos [...], se encuentran en la actualidad el fundamento constitucional de la responsabilidad del Estado por falta de servicio”,* (González Mora, Juan M.; en *“La responsabilidad del Estado por Falta de Servicio”,* publicado en obra colectiva *“Ley 26.944 de Responsabilidad del Estado”*- Director Horacio Rosatti, Rubinzal Culzoni Editores, Santa Fe 2.014, pág. 139. Lo destacado me pertenece).

Complementando lo antes expuesto, vale agregar, que la doctrina especializada, al analizar el nuevo escenario donde deben dirimirse los conflictos que tengan al Estado como parte –en el marco de la ley nacional, recientemente sancionada y lo plasmado en el Código Civil y Comercial –, explica respecto a la aplicación o no de contenidos de otros marcos normativos, en causas relativas a la responsabilidad estatal, que: *“Así como la legalidad no significa que todas las controversias que surjan en el ámbito de las relaciones administrativas, deban resolverse exclusivamente por la aplicación de las normas administrativas, tampoco significa que los principios jurídicos generales, específicamente incluidos en la legislación civil, tales como la razonabilidad, igualdad y buena fe, no deban también y, especialmente, aplicarse a la actuación administrativa”* (Dromi, Roberto José; *“Derecho Administrativo”,* T° 2, 13° edición actualizada 2.015, pág. 332. Lo destacado me pertenece).

A mayor abundamiento, considero que resulta plenamente aplicable en este nuevo escenario normativo como complemento imprescindible para juzgar la responsabilidad estatal, la jurisprudencia emanada de los leading cases de la Corte Suprema, en M. 802.



XXXV. “Mosca, Hugo Arnaldo” y Z. 15. XXIII. “Zacarías, Claudio H.”, sin que sea menester acudir a las normas del nuevo Código Civil y Comercial, en ausencia de ley especial en el territorio bonaerense.

No puede perderse de vista, que precisamente el C.C.y C., dispone respecto a la “interpretación de la ley”, que ésta “debe ser interpretada teniendo en cuenta sus palabras, sus finalidades, las leyes análogas, **las disposiciones que surgen de los tratados sobre derechos humanos, los principios y valores jurídicos, de modo coherente con todo el ordenamiento**” (Artículo 2° del C.C. y C.). En el comentario de esta norma, realizado por Graciela Yuba, se expuso, que: “Se incorpora un sistema de fuentes de manera integral, complejo, denominado en los Fundamentos, como «diálogos de fuentes». Se alude a una interpretación de la norma (para buscar su **sentido y valor para obtener su expresión precisa y eficaz en el tratamiento de las relaciones jurídicas**), **vinculada con la Constitución, tratados internacionales, leyes, jurisprudencia, usos, prácticas, costumbres. Todo ello, debe ser interpretado en forma integral y coherente con el ordenamiento vigente**, debiendo las decisiones judiciales estar razonablemente fundadas (conforme doctrina de la arbitrariedad de sentencias). Constituye el principio básico el que sostiene que no puede haber en el derecho privado conflictos que no tengan solución”, (Carlos A. Calvo Costa- Director; “Código Civil y Comercial de La Nación”, Tomo I, Thomson Reuters- La Ley, Buenos Aires 2.015, pág. 2. Lo destacado me pertenece). En otro comentario de la misma norma, se explicó, que: “Fundamentos.- A fin de aportar coherencia con el sistema de fuentes, se incorpora un artículo relacionado con las reglas de interpretación. De conformidad con lo que señala la mayoría de la doctrina, la decisión jurídica comienza por las palabras de la ley. También se incluyen sus finalidades, con lo cual se deja de lado la referencia a la inteligencia del legislador. De ese modo la tarea no se limita a la intención histórica u originalista, sino que se permite una consideración de las finalidades objetivas del texto en el momento de su apelación.

Se mencionan las leyes análogas, que tradicionalmente han sido tratados como fuente y aquí se las incluye como criterios de interpretación, para dar la libertad al juez en los diferentes casos. [...]

También debe tenerse en cuenta los conceptos jurídicos indeterminados que surgen de los principios y valores, los cuales no sólo tiene un carácter supletorio, sino que son normas de integración y del control axiológico. Esta solución es coherente con la jurisprudencia de la Corte Suprema de Justicia de La Nación que reiteradamente ha hecho uso de los principios que informan el ordenamiento y ha descalificado decisiones manifiestamente contrarias a los valores jurídicos. No se considera conveniente hacer una enumeración de principios ni valores, por su carácter dinámico.

**Todos los tratados internacionales suscriptos por el país y que resultan obligatorios deben ser tenidos en cuenta para decidir un caso. Esa es la función que tienen como fuente de derecho referida en el artículo primero. Pero además, cuando se interpreta una norma, tienen especial relevancia los tratados de derechos humanos, porque tienen un contenido valorativo que se considera relevante para el sistema. Ésta es la función que tiene en hermenéutica a la que se refiere el artículo segundo**”, (En nota en “Fundamentos” de “Código Civil y Comercial”- Concordado con el régimen derogado y referenciado con legislación vigente- Editorial Astrea- Buenos Aires 2.015, Comentarios al artículo 2°. Lo destacado me pertenece).

También recientemente, se ha expedido una de las Cámaras del Fuero, sobre la cuestión en tratamiento, expidiéndose del siguiente modo: “En segundo término, debo dejar sentado que el conflicto ha sido suscitado y consumada la situación jurídica que constituye su fuente bajo el amparo del Código Civil (conf. arts.1112, 1113 y ccs. ley 340 y modificatorias), toda vez que se invocan derechos patrimoniales adquiridos antes de la vigencia de la ley 26.994 (Código Civil y Comercial de la Nación), más allá que en la empresa de hacerlos valer tercié el vigor de esta última pero sin alcance alguno a su respecto. El derecho predicado pues es la consecuencia de hechos cuya aptitud para producirlo debe valorarse con arreglo a la ley

vigente en ese momento (conf. art. 3 ley 340 cit.) y en sujeción a la regla de irretroactividad que se mantiene y reconoce fundamento constitucional (conf. arts. 17 CN y 7 ley 26.994).

Descarto así todo vigor aplicativo para la ley posterior, que en el caso queda expuesta en el nuevo Código Civil y Comercial de la Nación (conf. Capítulo I del Título V y arts. 1764, 1765 y 1766) y en un régimen que presenta asimetrías sustanciales en el tratamiento legislativo de la responsabilidad del estado.”, (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de La Plata, causa Nº 16452, “Lojo, Claudio Marcelo c/ Hospital General de Agudos de Quilmes y otros s/ Pretensión indemnizatoria”, sentencia de 10-IX-2.015, voto del Dr. De Santis sin disidencias).

Finalmente, cabe también advertir, que ante la reciente entrada en vigencia del Código Civil y Comercial, la veda expresa en ese texto de acudir a sus normas para el tratamiento de la *responsabilidad estatal*, entiendo que ello nada obstaría a la aplicación de las normas del nuevo ordenamiento, para determinar resarcimientos por los daños provocados y/o como eventualmente resuelvan los Tribunales superiores –en igual sentido que la jurisprudencia de las Cámaras citadas *supra-*, correspondería para al caso de marras la aplicación de las normas vigentes al momento de los hechos que motivan el *sub iúdice*.

IV.- Ha explicado la Corte Interamericana de Derechos Humanos en reiterados precedentes, en relación tanto a los procesos judiciales como procedimientos administrativos, que, **el debido proceso**, que constituye un límite a la actividad estatal, se refiere al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales a efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos (Cfr. *Caso Baena Ricardo y otros* (Panamá). Sentencia de 2 de febrero de 2001. Serie C No. 72. párr. 92; *Caso Fermín Ramírez* (Guatemala). Sentencia de 20 de junio de 2005. Serie C No. 126. párr. 78; *Caso del Tribunal Constitucional* (Perú). Sentencia de 31 de enero de 2001. Serie C No. 71. párr. 68 y *Caso Ibsen Cárdenas e Ibsen Peña*. Sentencia de 1 de septiembre de 2010 Serie C No. 217, párr. 178).

Complementando lo antes expuesto, también es pertinente agregar respecto del principio mencionado, que conforme lo interpreta dicho Tribunal, éste comprende varios extremos, entre ellos el derecho a ser oído con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley para la determinación de sus derechos. Añadiendo además, que estas pautas o directrices alcanzan en sus obligaciones de respetarlas, a los funcionarios administrativos que sustancien siendo competentes, cualquier tipo de procedimiento, de allí la importancia del *leading case* “*Baena, Ricardo y otros*”.

A propósito del caso “*Baena*”, del mismo también puede extraerse otros criterios – aplicables al *sub iúdice*- no menos importante que los señalados *supra*, a saber: “124.- *Si bien el artículo 8° de la Convención Americana se titula «Garantías Judiciales», su aplicación no se limita a los recursos judiciales en sentido estricto, «sino al conjunto de requisitos que deben observarse en las instancias procesales» a los efectos de que las personas estén en condiciones de defender adecuadamente sus derechos ante cualquier acto del Estado que pueda afectarlos. Es decir, cualquier actuación u omisión de los órganos estatales dentro de un proceso, sea administrativo sancionatorio o jurisdiccional, debe respetar el debido proceso legal.* 125. *La Corte observa que el elenco de garantías mínimas establecido en el numeral 2 del artículo 8° de la Convención se aplica a los órdenes mencionados en el numeral 1 del mismo artículo, o sea, la determinación de derechos y obligaciones de orden «civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter». Esto revela el amplio alcance del debido proceso; el individuo tiene el derecho al debido proceso entendido en los términos del artículo 8.1 y 8.2., tanto en materia penal como en todos estos otros órdenes.* 126.- *En cualquier materia, inclusive en la laboral y la administrativa, la discrecionalidad de la administración tiene límites infranqueables, siendo uno de ellos el respecto de los derechos humanos. Es importante que la actuación de la administración se encuentre regulada, y ésta no puede invocar el orden público para reducir discrecionalmente las garantías de los administrados. Por ejemplo, no puede la administración dictar actos administrativos sancionatorios sin otorgar a los sancionados las*

**garantías del debido proceso**”, (confr. Caso “Baena, Ricardo y otros”, citado supra. Lo destacado me pertenece).

Trazado en rumbo por el que deberá dirimirse el caso a resolver, no menos importante resultan los esclarecedores criterios y observaciones realizados por la Excelentísima Cámara de Mar del Plata, en precedentes donde se trataran cuestiones vinculadas a los procedimientos administrativos vigentes en materia de multas, donde se expuso, que: “*Por vía de dispositivos mecánicos (detectores de velocidad), la accionada procedió a constatar las presuntas violaciones a la ley de tránsito cometidas por el actor (ut supra mencionadas), labrando las correspondientes **actas de comprobación** (fs. 32/52), que ulteriormente fueron notificadas en el domicilio que éste tenía registrado ante el Registro Nacional de la Propiedad del Automotor (art. 35 inc. «b» ley 13.927 –t.o. ley 14.331).*

**Dichas notificaciones fueron cursadas, no a los fines de que el imputado ejerciera su descargo, sino al sólo efecto de invitarlo a reconocer la comisión de la falta enrostrada – dentro de un plazo acordado al efecto-, efectuar el pago voluntario de la multa (determinada de acuerdo a las bases de cálculo fijadas en el Decreto N° 532/09 –art. 33-) con una reducción sensible de su cuantía y, aceptado que fuera el referido mecanismo cancelatorio -equiparado por la norma a un allanamiento-, dando así por concluido el asunto (arg. art. 35 inc. “d”, apartado 1° in fine del Decreto N° 532/09).**

**Mas ello no era sino el primer paso dentro del intrincado iter reglado por la Ley de Tránsito Provincial (N° 13.927), que instituye el procedimiento para el juzgamiento de las infracciones de tránsito cometidas en rutas, caminos, autopistas, autovías o semiautopistas provinciales o nacionales en el territorio de la Provincia (art. 32 y ss.).**

En efecto, según sus preceptos, la accionada debe otorgar un plazo inicial de treinta (30) días al particular para que éste, si así lo desea (puesto que en modo alguno está aún obligado), cancele voluntariamente la acreencia reclamada, lo que importará –de suceder- un reconocimiento de la fundabilidad del reproche estatal o, lo que es lo mismo, el consentimiento con carácter firme de la falta endilgada (art. 35 inc. «d», ap. 1° -primer párrafo- de la ley 13.927 y su decreto reglamentario). **Ahora bien, si aquel pago no se verifica dentro del término estipulado, fluye para la autoridad el deber de emplazar inmediatamente al presunto infractor, a fin de que presente el descargo que estime corresponder y ofrezca la prueba de su derecho (art. 35 inc. «d», ap. 1, seg. párrafo ley cit. y su dec. reg.), procurando el respeto de los principios elementales del procedimiento (art. 35 1ra. parte de la ley citada), entre ellos que la citación sea anoticiada efectivamente, de manera personal, por cédula o por comunicación epistolar (cfr. art. 35 inc. «c» de la ley 13.927; art. 15 de la Const. Pcial.; art. 18 Const. Nac.).**

En el caso, cada una de las actas de comprobación que labró la accionada consignaba una fecha de vencimiento, la que acaecida produciría un doble orden de consecuencias: de un lado, marcaba el límite temporal para que el particular adhiriera –o no- a los beneficios del pago voluntario; **del otro, activaba para la accionada el insoslayable deber de instruir en debida forma el procedimiento tendiente al esclarecimiento de la verdad jurídica objetiva, en aquellos casos en los que el presunto infractor no hubiera optado por aquel mecanismo** (art. 35 inc. «d» ap. 1° cit.). **Precisamente, los vencimientos de las actas operaron sin que el apelante decidiera aceptar la infracción endilgada, lo que imponía avanzar al siguiente estadio procedimental conforme he expresado precedentemente.**

Ahora bien, aunque de las actuaciones administrativas acompañadas por la accionada se colegiría que la Justicia Provincial de Faltas ordenó la citación del actor en cada uno de los sumarios seguidos en su contra, lo cierto es que no obran constancias fehacientes de las que surja, en rigor, que dichas providencias le fueron notificadas personalmente como manda la normativa aplicable (art. 35 inc. «c» cit.). A pesar de la mentada deficiencia, en casi todos los procedimientos se habría dictado igualmente sentencia condenatoria –si bien no firme- a espaldas del imputado y en lo que **prima facie** se exhibe como una violación flagrante a sus garantías elementales (art. 15 de la Const. Pcial; conf. fs. 77 y fs. 99/177).



Vale dejar sentado que no es aquí el ámbito para juzgar con detenimiento la legalidad de los procedimientos contravencionales que se mencionan, en tanto existen carriles específicos diseñados a tal efecto, de los que podría servirse el actor para cuestionar las irregularidades que predica respecto de aquellos trámites (arg. art. 40 y ccds. de la ley 13.927). Dejando a resguardo lo expuesto, asiste igualmente razón al apelante en cuanto sostiene que el examen de lo allí sucedido no podría quedar por completo al margen del presente proceso, desde que dichas actuaciones proporcionan información útil y relevante a los fines de esta causa, que indudablemente hacen al meollo de la cuestión que aquí se debe decidir (v.gr. inexactitud de la información llevada y brindada por la autoridad local).

Los documentos reseñados, en efecto, ponen al descubierto que las actuaciones contravencionales no se encuentran debidamente clausuradas. Ya sea porque nunca se emplazó al actor para que ejerciera la defensa de sus derechos, o bien porque –aun suponiendo que aquel paso del iter reglado fue respetado- **faltaría igualmente notificar las sentencias condenatorias dictadas por la Justicia de Faltas, requisito ineludible para que, eventualmente, pudiera hablarse de su firmeza.**

**Pese a no mediar aún sanciones administrativas firmes, la accionada reconoce expresamente que las faltas enrostradas al actor son asentadas en el Registro Único de Infractores de Tránsito, no de modo preventivo, sino como verdaderos antecedentes de tránsito que pesan sobre su persona, distorsionando de tal modo la realidad de los hechos con serio agravio a sus intereses** (cfr. informes de fs. 52 y fs. 220).

Tal obrar se aparta abiertamente de lo dispuesto en el art. 5° de la ley 13.927, norma que a fin de resguardar las garantías constitucionales del encartado, **dispone que sólo podrán asentarse antecedentes con carácter definitivo cuando mediaren sanciones firmes y/o declaraciones de rebeldía** (argto. art. 18 de la Const. Nacional).

**Lo expuesto hasta aquí es suficiente para poner al desnudo, consecuentemente, el proceder antijurídico de la accionada, quien manipuló sin sustento legal información inexacta referente al actor, asentando y dando a conocer públicamente la existencia de deudas por infracciones de tránsito registradas a su nombre, aunque no determinadas por resolución firme conforme el procedimiento aplicable.**

**No brindar resguardo al apelante equivaldría, en el caso, a echar por tierra los postulados inmanentes al derecho de defensa y el debido proceso adjetivo, premiando injustamente a la autoridad pública que registra información inexacta y omite conscientemente cumplir con trámites esenciales del procedimiento contravencional, en desmedro de la situación jurídica de quien, pese a gozar de la presunción de inocencia (arg. doct. S.C.B.A. causa B. 60.982 «Font», sent. del 24-XI-2010), es impropiamente considerado por el Fisco –de manera anticipada- como un infractor de la legalidad** (cfr. arts. 10, 15, 20 inc. 3° y ccds. de la Const. Pcial. y art. 18 Const. Nac.; doct. esta Cámara causa C-3357-DO1 «Brown», sent. del 4-IX-2012), (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa C-3542-DO1 “Fechino, Carlos Alberto C/ Provincia de Buenos Aires S/ Materia a categorizar”, sentencia de 23-XI-2.012, voto del Dr. Mora sin disidencias. Lo destacado me pertenece).

El mismo Tribunal, efectuó otras apreciaciones respecto a la situación del procedimiento administrativo en relación a los presuntos infractores normas de tránsito, que resulta oportuno recordar: “Es que no se puede dejar de advertir que bajo la aparente supremacía del valor «seguridad vial», **es posible reconocer en la normativa bajo análisis -tal como lo afirmara el juez de la instancia- la presencia de una finalidad netamente recaudatoria que, por ello, la torna irrazonable, a la luz de la clara disposición del art. 28 de la Constitución Nacional**”, (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa A-4549-DO1 “Del Campo, Ricardo C/ Municipalidad de General Madariaga S/ Amparo”, sentencia de 5-II-2.015, voto del Dr. Mora sin disidencias. Lo destacado me pertenece).

Por último, en algunos de los casos que llegaron a los tribunales del fuero, que se elevaran a resolución de la Alzada, donde se hablara de denuncia de **omisión de actuación** de una dependencia del Estado provincial que se encuentra compelida a ejercer sus cometidos de conformidad con el procedimiento reglado por la *ley 13.927* y su *Decreto reglamentario N° 532/2009* (confr. Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativo de Mar del Plata, causa **A-5065-MPO “Wecera, Carlos Fernando C/ Juzgado de Infracciones de Tránsito Provincial La Plata y otro S/ Amparo”**, sentencia de VII-2.014, voto del Dr. Mora sin disidencias).

Uno de los reproches más justificado que hace la actora a las acciones y omisiones en que incurriera la demanda, tiene relación directa con el transcurso del tiempo, esto es con los plazos que se tomó la autoridad administrativa, para resolver cuestiones de escasa complejidad en el trámite.

Puede hablarse entonces, de que lejos estuvo el actuar de la accionada, para cumplir con sus deberes y obligaciones –que son múltiples-, como es por ejemplo la búsqueda de la *verdad jurídica objetiva* y decidir en un *plazo razonable*.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, se ha exployado in extenso sobre esta cuestión en reiteradas oportunidades, así expuso –entre otras cosas-, que: “72. **Esta Corte comparte el criterio de la Corte Europea de Derechos Humanos, la cual ha analizado en varios fallos el concepto de plazo razonable y ha dicho que se debe tomar en cuenta tres elementos para determinar la razonabilidad del plazo en el cual se desarrolla el proceso: a) la complejidad del asunto, b) la actividad procesal del interesado y c) la conducta de las autoridades judiciales** (cf. *Caso Genie Lacayo, Sentencia de 29 de enero de 1997. Serie C No. 30, párr 77*; y *Eur. Court H.R., Motta judgment of 19 February 1991, Series A No. 195-A, párr. 30*; *Eur. Court H.R., Ruiz Mateos v. Spain Judgment of 23 June 1993, Series A No. 262, párr. 30*)”. (Corte Interamericana de Derechos Humanos.- **Caso “S. Rosero Vs. Ecuador”**- Sentencia de 12 de noviembre de 1997.- (Fondo).-

En otro caso más reciente el mismo Tribunal, amplió aún más lo anterior, explicando en aquella ocasión, que: “Este Tribunal ha señalado que el derecho de acceso a la justicia debe asegurar un plazo razonable, [...]. La falta de razonabilidad en el plazo para el desarrollo de un proceso judicial constituye, en principio, por sí mismo, una violación de las garantías judiciales. Al respecto, la Corte ha considerado cuatro elementos para determinar la razonabilidad del plazo: a) complejidad del asunto; b) actividad procesal del interesado; c) conducta de las autoridades judiciales, y d) afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en el proceso”, (Corte Interamericana de Derechos Humanos, caso “Gómez Lund y otros Vs. Brasil”, sentencia de 24 de noviembre de 2.010, [Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas]).

De lo estándares establecidos por el Supremo Tribunal Trasnacional, para proceso de índole penal, son perfectamente adaptables y aplicables a procedimientos administrativos, donde *prima facie* se pueden evaluar los cuatro ejes utilizados para dicho test.

En el caso de marras, los procedimientos administrativos regulados en la ley para la dilucidación de la responsabilidad por transgresión de normas de tránsito de presuntos infractores, son de muy escasa complejidad –ello por ejemplo contrastándolos con procedimientos disciplinarios, otros de naturaleza tributaria, etcétera-.

La actividad “*procedimental y procesal*” del interesado, fue continua, intensa e ininterrumpida, acudiendo a todas las vías posibles, ante la injustificada inacción de la demandada, existieron tal cual se halla acreditado, dos presentaciones administrativas para que la autoridad resuelva su situación, un pronto despacho, y un recurso de queja interpuesto ante un órgano judicial.

Ante la aclaración efectuada previamente, respecto a sustituir en este caso de procedimientos administrativos, el tercer componente del test, esto es la conducta de las autoridades judiciales, por la “*conducta de las autoridades administrativas*” –Jueza Administrativa-. Es justamente en este factor, donde puede apreciarse una marcada y

deficiente abanico de desaciertos en la actividad y omisiones groseras en su obligación y deber, de decidir definitivamente la situación planteada por la interesada.

En lo que atañe al último elemento, esto es *la afectación generada en la situación jurídica de la persona involucrada en los procesos o procedimientos*, surgen palmariamente acreditados de las probanzas de esta causa. Sin perjuicio de la eventual evaluación de las afectaciones, al ponderarse los daños que pudieron haber provocado, los desaciertos y omisiones de la demandada.

Si alguien quisiera en principio comprender, cuáles fueron los motivos de tan desacertadas acciones y omisiones de la demandada, en la resolución de cuatro simples procedimientos administrativos, donde se debía determinar sencillamente, si la imputada –hoy actora-, había cometido las infracciones que justificaban, las multas aplicadas –dado que sin tener resolución definitiva al respecto, ya se hallaban publicadas en la página web oficial-, debería en principio observar las declaraciones testimoniales de las funcionarias y un empleado del Juzgado Administrativo con sede en Dolores.

Abordando la tarea, que me he propuesto, cabe recordar que el testigo Gustavo Cuervo –quien se auto identificó, como empleado administrativo “ORIENTADOR”, ver fs. 174/175, de autos-, al ser interrogado -con preguntas simples- sobre tareas cotidianas y básicas que debían realizarse en el Juzgado Administrativo donde se desempeñaba, luego de responder a las generales de la ley, respondió a las siguientes doce preguntas, en forma negativa, expresando. A la segunda pregunta del interrogatorio, respecto de cómo se iniciaba el procedimiento administrativo de infracciones de tránsito en jurisdicción provincial (pregunta segunda), respondió, que: **“no tenía conocimiento de cómo se inicia”** –ver fs. 174/174 vta.-, **“que no tiene conocimiento”** –respuesta que brindó sobre las mismas cuestiones en once oportunidades –ver fs. 174 vta.-. En la ampliación del interrogatorio, preguntado respecto, al trámite que se le da a un descargo presentado en la mesa de entradas, respondió que colocaban un sello y lo enviaban a La Plata –ver fs. 174 vta.- Como respuesta a la *“razón de sus dichos”*, contestó finalmente, que: **“Es orientador que sería orientar al infractor cómo presenta el descargo, si tiene que pagar o no, y también esta aparte de mesa de entradas en otra área como cargas de actas de infracciones manuales”** –ver fs. 174 vta.-

En lo que atañe a las declaraciones –como respuestas a los respectivos oficios librados para que declaren-, la Jueza Administrativa de Dolores y su secretaria, en principio coincido con el letrado de la actora, que hubiera sido lo más adecuado, la declaración personal por la inmediatez y la posibilidad de repreguntar. De todos modos, sin que la situación amerite un análisis minucioso de ambas declaraciones, puede apreciarse en las mismas, la falta de espontaneidad, contestando las dos funcionarias casi en forma idéntica. Sin perjuicio de ello, puedo también observar, que ante una par de preguntas, que resultan fundamentales para resolver el caso, como son las numeradas “12” y “13”, esto es: “12.- En los casos de supuestas infracciones imputadas a la actora, ¿a qué razones obedeció la falta de impulso por parte del Juzgado luego de la presentación de descargos?”, y “13.- En los casos de las cuatro supuestas infracciones imputadas a la actora, ¿a qué razones obedeció la demora en el trámite y conclusión o resolución de las causas?” –ver fs. 201 vta.-. Las respuestas dadas por ambas funcionarias, fueron: *“La presentación espontánea no fue tratada por no hallarse en la etapa de citación a juzgamiento, momento procesal oportuno para su tratamiento. Que la ley 13927, no prevé la presentación espontánea del presunto infractor, ni se encuentra establecido como una operación dentro del sistema operativo. Los registros informáticos, tiene un procedimiento parametrizados que observan en todo su desarrollo los extremos de la legislación vigente, entendiéndose por esto los plazos, verificación y validación de datos; la trazabilidad de la infracción de tránsito”*, -ver fs. 204 y 205, respuestas idénticas de Lauría y Rossi-. Cabe destacar además, que ambas funcionarias, ante la pregunta 7º, que interrogaba ¿Qué plazos deben respetarse necesariamente durante el procedimiento? –ver fs. 201- ambas contestaron: **“Todos los plazos que establece el art. 35 de la ley 13927”** –ver fs. 204 y 205, respuestas idénticas-.

Tal como sostuve precedentemente, no hace falta analizar más respuestas de las brindadas por las funcionarias, dado que de las contestaciones antes reproducidas, puede ya percibirse que le asiste la razón a la actora, sobre los diversos reproches efectuados en sus distintas presentaciones, en sede administrativa y judicial, sobre el obrar de la administración demandada, que la sometiera injusta e injustificadamente a un “proceso Kafkiano”.

Ello es así, partiendo de la base de lo interpretado por ambas funcionarias, en la aplicación de las normas que ellas mismas citan, es decir quitarle entidad a las presentaciones espontáneas, ante la falta de texto expreso en la ley. Y por otro lado, aducir que los plazos aplicables, se encuentran en el artículo 35 de la *ley 13.927*, intentando justificar la falta de impulso de oficio, las demoras excesivas en los trámites procedimentales y en la resolución de la cuestión de fondo.

¿Entienden entonces las testigos –funcionarias responsables del trámite-, que han cumplido con lo previsto en la norma que citan, tomándose un plazo para resolver que excede los dos años? O desde otra perspectiva, ¿interpretan de la lectura del artículo 35 antes citado, que el trámite tiene un plazo *sine die* para resolver? Por último –aunque podría seguir planteando otros interrogantes-, se desprende de la norma en cuestión y del resto de las que componen el plexo normativo aplicable, que el impulso de oficio, los plazos para citar al presunto infractor, sustanciar su descargo y resolver, dependen de la exclusiva decisión discrecional del funcionario a cargo del trámite?

Ha explicado el Cintero Tribunal provincial respecto al “impulso de oficio” en el procedimiento administrativo, que: “**El órgano competente para resolver un determinado trámite está obligado a impulsarlo de oficio** (arts. 48, 50 y cc. del decreto ley 7647/1970), no pudiendo renunciar ni transferir esta carga. [...]. Más tal impulsión de oficio no se limita al seguimiento del trámite hasta su conclusión sin importar el conocimiento que el interesado tenga del mismo. **Ello configuraría un formalismo inútil que conspiraría contra los principios y reglas que informan el procedimiento administrativo en punto al impulso de oficio, celeridad, economía y eficacia en el trámite** -arts. 7, 48 y 49 dec. ley citado-”, (S.C.B.A., causa B. 60.411, “Ferraro, Teresa c/Provincia de Buenos Aires s/Demanda contencioso administrativa”, sentencia de 4-III-2.009, voto del Dr. Soria sin disidencias. Lo destacado me pertenece). En otro precedente del mismo Tribunal, armonizando con lo anterior, se expuso que: “Si el funcionario administrativo actuante se limitó «...a reservar en Secretaría las actuaciones, hasta tanto se dé cumplimiento con el requisito previsto por el art. 96 del Código Fiscal», a raíz de lo cual las mismas se mantuvieron en esa situación por más de un año, sin intimar al particular, en forma fehaciente, a fin de que satisfaga la mentada exigencia (v. fs. 102 y fs. 103 del expediente) -aun cuando pueda reconocerse que la alegada carga pesaba sobre el peticionario-, **no puede dejar de señalarse que el proceder de la autoridad administrativa resulta cuanto menos reprochable pues conspira contra los principios y reglas que informan el procedimiento administrativo en punto al impulso de oficio, celeridad, economía y eficacia en el trámite** (arts. 7, 48 y 49 de la ley 7647/70, aplicable en materia tributaria, en virtud de lo dispuesto por el art. 4 del Código Fiscal”, (S.C.B.A., causa B. 66.926, “Kook Weskott, Reinaldo c/Provincia de Buenos Aires (Tribunal Fiscal) s/Amparo por mora”, sentencia de 6-VII-2.005, voto del Dr. Roncoroni sin disidencias. Lo destacado me pertenece).

Resulta oportuno destacar, lo paradójico de la situación, que justamente al acumular los procedimientos de las cuatro infracciones, la Jueza Administrativa, acudiera –pasados más de dos años, habiendo presentado la actora recurso de queja en sede judicial-, ampararse en el **principio de economía procesal**, para cumplir dicho cometido, añadiendo que ello era: “**teniendo en cuenta además la mejor y más pronta administración de justicia**” –ver fs. 66, 69, 72 y 74, punto resolutivo 1°, en expediente 5.100-38.871/2.014-. Tal afirmación pudo haber sido coherente y adecuada, en una resolución que se dictara dentro de plazos razonables, no luego de transcurrido más de dos años de acaecidos los hechos, que motivaran las multas que pretendían aplicarse.

Obsérvese asimismo, que en las resoluciones citadas *supra*, puede apreciarse nítidamente que no se produjeron trámites de sustanciación del procedimiento, ni producción de prueba alguna, que tuviera como resultado el cambio de criterio, de tener a la actora por presunta infractora, a absolverla en los cuatro casos.

Las respuestas de los organismos oficiales, en la fría letra del texto pareciera justificar la actuación de la demandada, sin embargo tales postulados y afirmaciones, de ajustarse en un todo a la normativa vigente, resultan totalmente vacuos de contenido, contrastados con la realidad que le ha tocado padecer a la Sra. S..

Pasados los hechos por el tamiz del test que aplica la Corte Interamericana, para determinar la razonabilidad de los plazos –en procesos y procedimientos, según entiendo-, demuestran que en esa suma de actuaciones y omisiones, la administración demandada, muy lejos estuvo de cumplir con sus obligaciones, en un plazo razonable.

No puedo de ningún modo soslayar, lo que considero un agravante, ante el dispendio de la actividad jurisdiccional provocada por la demandada, quien no solo incumplió con los principios básicos del procedimiento administrativo que tiene a su cargo, sino que también debe reprochársele no haber colaborado en el momento oportuno, con los requerimientos efectuados por la Jueza Correccional que resolvió la queja, al retacearle información o demorar la remisión de los antecedentes administrativos solicitados. De allí, lo expresado por dicha Magistrada, en la parte final de la resolución, que puso fin al proceso en las cuestiones de fondo.

Para concluir, debo recordar que si bien la autoridad demandada, incumplió con una serie de deberes en la sustanciación de los procedimientos pertinentes, resolvió tardíamente sin dar motivos que justifiquen mínimamente las demoras, en responder a los descargos, y terminar las actuaciones, concretando las mismas, ya cuando el caso estaba planteado para su resolución en sede judicial.

En síntesis, resultan plenamente acreditadas las deficiencias de la administración tanto en sus actuaciones en los cuatro procedimientos que motivan el *sub lite*, como en las omisiones en las que oportunamente incurriera, por inacción injustificada en el impulso de oficio de los respectivos expedientes administrativos.

En virtud de los fundamentos vertidos a lo largo de la presente, corresponde condenar a la demandada, por su responsabilidad en los daños que invoca la parte actora, los que seguidamente evaluaré en su alcance, ello basado fundamentalmente en el deficiente e irregular servicio prestado por el organismo competente para el trámite (artículos 375 y 384 del C.P.C.C., 14, 18, 19, 31, 33, y 75 incisos 22 y 23 de la Constitución Nacional, 10, 11, 15 y 57 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires, 1, 2, 8.1., 8.2. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, –entre otras-, doctrina y jurisprudencia citada *supra*).

#### **V.- Sobre los daños materiales e inmateriales reclamados.-**

Como consecuencia de la responsabilidad imputada a la demandada, en la tramitación de las actuaciones administrativas, donde se hallan acreditados *supra*, los presupuesto que hacen viable dicho pedido de condena, la parte actora reclama en su escrito inicial, el resarcimiento por *daños materiales (daño emergente* - honorarios del letrado) y *daños inmateriales (daño moral)*.

**V.1.-** Fundamenta el primer pedido de *daño emergente*, aduciendo que si la Administración o sus órganos, hubieran actuado dentro del marco constitucional, respetado en debido proceso, la garantía de defensa en juicio, el derecho a un proceso sin dilaciones indebidas, a ser juzgado en un plazo razonable, simplemente resolviendo las cuestiones planteadas en los descargos –favorablemente o no-, dentro de los plazos de las propias leyes, la actora no hubiera visto la necesidad de peticionar judicialmente el requerimiento de actuación, mediante un recurso de queja por denegación de justicia. Y que consecuentemente, no hubiese debido soportar las costas de ese proceso, con detrimento patrimonial que ello implica, para el cual ninguna justificación existió, más que la conducta omisiva y dilatoria del Estado.



Suma a las fundamentaciones anteriores, el razonamiento de tener que acudir al asesoramiento profesional letrado, para intentar dar solución a una cuestión, que hasta la fecha se encontraría sin resolver, configurando ello, parte de las molestias y angustias, que conllevan al perjuicio de carácter extra patrimonial, pero que además se encuentra ante otro daño de carácter objetivo, material, cierto, actual, consecuencia directa de la deliberada e injustificada conducta administrativa.

Requiere el resarcimiento integral del daño, fundando el pedido en el artículo 1.109 y concordantes del *Código Civil*, el que estima según probanzas de autos, en la suma de pesos dos mil cuatrocientos ochenta y uno con sesenta.

Entiendo que el planteo efectuado por la actora, en cierto modo constituye una reproducción de lo requerido oportunamente por esa parte, en las actuaciones judiciales llevadas a cabo en sede penal, donde se tratara el recurso de queja por denegación de justicia.

En aquella ocasión, la Magistrada interviniente abordó expresamente esta cuestión, si bien regulando los honorarios del letrado patrocinante, decidiendo además que no correspondía condenar en costas a la Provincia de Buenos Aires, por no ser parte en dicho proceso.

Agraviada por esa resolución, la accionante intenta mediante recurso ante la Cámara Penal Departamental, revertir lo decidido por el *a quo* insistiendo con su postura, pero obteniendo de parte de la Alzada, una segunda respuesta negativa a su requerimiento –ver fs. 33/33 vta., 46/47, y 82/85 vta., de la *causa 293/2.012*-.

En consecuencia, tratándose el pedido de reconocimiento de lucro cesante de honorarios regulados en sede penal, habiendo transitado dicho pedido una doble instancia en ese fuero –con resultado adverso-, no corresponde al suscripto, otorgar aquello que ya fue resuelto oportunamente en forma negativa, por los magistrados que actuaron en aquella causa. Ergo, por los fundamentos expuestos en este apartado, corresponde rechazar el pedido de resarcimiento por *daño material (lucro cesante)*.

**V.2.-** En lo atinente al *daño inmaterial o moral* para el caso, arguye que debe ser resarcida por las afecciones, molestias y angustias atravesadas, reclamadas a título exclusivamente personal o personalísimo.

Refiere haber tomado conocimiento de manera absolutamente sorpresiva, que se le imputaba la comisión de cuatro infracciones de tránsito, a través de un informe emitido por la D.N.R.P.A., habiéndose visto obligada, a realizar cuatro descargos en las causas donde le imputaban la comisión de contravenciones, que tal como probó jamás cometió.

Aclara que los descargos fueron tratados más de un año y medio después de presentados, y que eso ocurrió solamente luego de interponer el recurso de queja por denegación de justicia en sede judicial. Agrega, que estuvo incluida en el registro de infractores por más de dos años, poniéndose en conocimiento público, sus datos, identidad y los montos supuestamente debidos, sosteniendo que todas estas circunstancias, afectaron su honra, su ánimo, además de su patrimonio.

Destaca que las publicaciones la colocaron como infractora (no como presunta) y deudora (cuando nada debía), que el hecho de borrar el R.U.I.T. sus datos de los registros luego de dos años de hacerlos y mantenerlos públicos, no borran la aflicción ya sufrida.

Pone de relieve, que por el desempeño de su profesión (Licenciada en Terapia Ocupacional), en la comunidad que luego de años de desempeño, la había brindado reconocimiento, destacando que nada debía al Fisco, cumpliendo siempre con sus obligaciones tributarias (en los distintos ámbitos).

Cita doctrina y jurisprudencia, infiriendo luego que teniendo en debida consideración las circunstancias personales, familiares y profesionales, la cantidad de causas que le fueran iniciadas, el tiempo de demora en la resolución de las mismas, la falta de impulso de los expedientes, en forma deliberadas y sin justificar el retraso, y ante la actitud asumida por la demandada, reclama por el concepto en tratamiento, la suma de treinta y cinco mil pesos, o lo que en más o en menos, resulte de la prueba a producirse.

Ha explicado nuestra Alzada respecto al daño que nos ocupa, que: “[...] es criterio recibido que la suma que en concepto de daño moral se determine no se encuentre sujeta a cánones objetivos, sino a la prudente ponderación de las repercusiones negativas del suceso, encontrándose de tal modo supeditado su monto a una adecuada discrecionalidad del sentenciante (arg. doct. S.C.B.A. causas B. 51.992 «M., A.», sent. del 13-II-2.008; B. 51.148 «C., H. L.», sent. del 7-V-2.008). Por no ser la aflicción moral susceptible de apreciación económica, debe buscarse una relativa satisfacción del damnificado, proporcionándole una suma de dinero justa que no deje indemne el agravio, pero sin que ello represente un lucro que pueda desvirtuar la finalidad de la reparación pretendida (agto. doct. C.S.J.N. Fallos 323: 1779 y esta Alzada causas C-2300 - MP1 «Meneses», 2-VIII-2011; C-3889 -MP1 «Spina», sent. del 27-II-2014)”, (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de Mar del Plata, causa 4536-MP1 “Ávalos, Venancio c/ El Libertador- UTE s/ Pretensión indemnizatoria”, sentencia de 17-VII-2.014, voto de la Dra. Sardo sin disidencias).

El mismo Tribunal, enseña sobre la cuestión abordada, que: “**En lo atinente al rubro en análisis, cabe poner de relieve que lo que se resarce es el detrimento o lesión en los sentimientos o en las íntimas afecciones de una persona y que tiene lugar cuando se infiere un gravamen apreciable a ellas o, en general, cuando se agravia un bien extrapatrimonial o derecho digno de tutela jurídica** (cfr. doct. S.C.B.A. causa B. 56.525 «M., A.», sent. de 13-II-2008) siempre que la tranquilidad personal sea menoscabada en una magnitud tal que supere las molestias o preocupaciones normalmente tolerables (argto. doct. esta Alzada causa C-3144-DO1 «Arévalo», sent. del 25-IX-2012).

[...] En ese contexto conceptual, y en relación a la prueba del daño moral y su procedencia, la Suprema Corte de Justicia de la Provincia de Buenos Aires, por mayoría, ha sostenido que no siempre ha de tenerse por configurado el daño moral por aplicación del aforismo latino **res ipsa loquitur**, pues si bien es posible que, en razón de las particularidades de cada caso, se arribe al resultado en virtud del empleo de presunciones **hominis**, en principio, la procedencia de la condena indemnizatoria ha de depender de la suficiente alegación que del menoscabo formule el reclamante (cfr. doct. S.C.B.A. causa C. 102.151 «Fernández», sent. de 12-VIII-2009). No partir de la presunción del daño moral significa que el perjuicio a esa esfera personal del afectado no ha de reputarse como un efecto necesario del hecho ilícito, sino que es preciso que en el proceso sea objetivada la lesión o repercusión negativa sobre la esfera vital invocada por el demandante (cfr. doct. esta Cámara causas C-1624-DO1 «Ferrari», sent. de 13-IV-2010; C-2185-MP1 «Garnica», sent. de 15-VII-2011).

Y si bien tal doctrina legal descarta que en todos los casos la indemnización procede **in re ipsa**, no puedo sino coincidir con el juez de grado en cuanto lo tuvo por configurado en la especie respecto del Sr. Fabián Leonardo Ancieta (argto. doct. esta Alzada causa C-3144-DO1 «Arévalo», citada). Es que, se encuentra incontrovertido que en oportunidad de presentarse a retirar su ciclomotor de la Comisaría Primera de Santa Teresita donde se hallaba depositado, el accionante se encontró con que su vehículo había sido sustraído de ese lugar. **Tal circunstancia, atribuible íntegramente a la demandada, tiene entidad suficiente como para ocasionar una lesión a los intereses morales del demandante en tanto el quebrantamiento del deber de custodia por parte de quien está llamado a proveer seguridad a la población, genera un estado emocional adverso derivado de la sensación de desamparo a la que se somete a un ciudadano común** (cfr. doct. esta Cámara causas R-361-MP1 «Sosa», sent. del 23-IX-2008; C-2138-DO1 «Medina Assirto», sent. de 14-XII-2010, citadas ambas por el magistrado de la instancia en su pronunciamiento). [...]", (Cámara de Apelación en lo Contencioso Administrativa de Mar del Plata, causa C-5125- DO1 “Ancieta, Fabián c/ Ministerio de Seguridad y otro s/ Pretensión indemnizatoria – otros juicios”, sentencia de 2-VI-2.015, voto del Dr. Mora sin disidencias. Lo destacado me pertenece).

Ha quedado debidamente acreditado, que la actora sufrió como consecuencia del actuar ilegítimo de la demandada, padecimientos y afecciones que superaron las que normalmente debe afrontar, un ciudadano que acude reclamando a la autoridad



administrativa, cuestiones bajo su competencia, de escasa complejidad para adoptar la decisión.

Que por el contrario, dicha autoridad administrativa, con su actuar –actuaciones y omisiones-, de los deberes que exigen la función para la cual fue creada, vulneraron además del debido proceso, el derecho de defensa y el principio de razonabilidad de los plazos, afectando por ello valores extra patrimoniales de S., que deben ser resarcidos.

Las injustificadas demoras en la tramitación de los procedimientos y su resolución, la inclusión de los datos de la actora como infractora y deudora en registros de la web –a los que cualquiera puede acceder, teniendo en número de D.N.I. de la persona-, por un alongado e injustificado lapso temporal, no resultan baladí, dado que en una comunidad pequeña como Dolores –en comparación con las grandes urbes-, casi todos se conocen y las noticias trascienden rápidamente.

Todos los motivos y razones enumerados –que no son las únicas secuelas-, constituyen justificación más que suficiente, para considerar que la hoy actora, como ciudadana ha padecido un estado emocional adverso, derivado de la situación de desamparo, a la que se vio sometida en el sinuoso recorrido por la instancia administrativa, pretendiendo que se resolviera su situación –confr. Doctrina, C.A.C.A.M. d P., in re “Sosa” y “Medina Assirto”-, repercutiendo ello en su tranquilidad espiritual, lo que supera el piso de molestias, inconvenientes y disgustos, a partir del cual el perjuicio se configura y se torna indemnizable - confr. Doctrina, C.A.C.A.M. d P., in re “Romero” y “Rivero”, también citados en la jurisprudencia del Tribunal de Alzada-

Adoptando como parámetros la doctrina *supra* citada, estimo prudente y razonable, fijar la cuantía del resarcimiento requerido, en la suma de pesos diez mil (\$ 10.000.00), que considero la adecuada, para recomponer o al menos atenuar, la aflicción espiritual padecida por la actora, ante la disvaliosa actuación –y omisiones- en que incurriera la demandada.

El rubro “daño moral”, -único de los reclamados que ha sido reconocido *ut supra*-, deberá ser actualizado liquidación mediante a efectuar por la parte interesada, de conformidad a las siguientes pautas: desde la fecha de la presentación en sede administrativa del primer reclamo administrativo solicitando resolución, esto es desde el **30 de noviembre de 2.010**, con la tasa pasiva del Banco de la Provincia de Buenos Aires en los depósitos a treinta días, vigente en los distintos períodos de aplicación y hasta el efectivo pago (arts. 8°, 12, 35, 41 y concordantes, ley 5708; 2511 y 2512, Código Civil; 17, Constitución Nacional; 10 Constitución provincial). La indemnización establecida deberá efectivizarse por la demandada, mediante depósito en una cuenta a nombre de autos, dentro de los sesenta días hábiles a contar desde la fecha en que quede consentida o firme la liquidación aprobada judicialmente (artículos 163 de la Constitución provincial y 35, ley 5708).

Aclarándose, que la liquidación a realizarse por la parte actora, deberá ser presentada, una vez que devenga firme la presente sentencia.

#### **VI.- Sobre las inconstitucionalidades requeridas por la actora.-**

La parte actora, solicita se declare, la inconstitucionalidad de los artículos 35 inciso c) de la ley 24.449, 35 inciso f) de la ley 13.927 y sobre el Anexo V del decreto 532/2.009, -ver fs. 54/56-.

Ahora bien, entiendo que las normas *supra* mencionadas fueron de aplicación en los procedimientos administrativos donde se dirimiera la situación de la Sra. S., respecto a las cuatro multas que pretendía la demandada cobrarle.

Los procedimientos administrativos, concluyeron con la absolución de la hoy actora, mientras se estaba resolviendo en sede judicial, la queja por retardo de justicia, que en definitiva mediante el fallo de la Magistrada actuante, determinó irregularidades en lo actuado en sede administrativa por la demandada.

Asimismo, aclara reiteradamente la accionante al iniciar este proceso, que viene a esta instancia, no a requerir la nulidad de algún acto administrativo, sino a solicitar se condene a los

demandados a resarcir por daños y perjuicios, motivados por las actuaciones y omisiones de la autoridad a cargo del trámite.

De lo brevemente narrado, puede apreciarse que el pedido de inconstitucionalidad de la normativa *supra* citada, deviene en esta etapa abstracto, sin perjuicio de advertir, que no se trató según mi opinión, de normas que vulneraran por sí solo derechos constitucionales de la requirente, sino que encuentro después del análisis efectuado, que los perjuicios ocasionados, fueron por una pésima interpretación y aplicación de las normas, por parte de las autoridades del Juzgado Administrativo de Infracciones del Tránsito de Dolores.

Explica la Excelentísima Cámara Departamental del fuero, respecto a los pedidos de inconstitucionalidad, que: *“Vale rememorar aquí que la declaración de inconstitucionalidad de un precepto legal constituye la más delicada de las funciones susceptibles de encomendarse a un tribunal de justicia, de manera que debe ser considerada como **ultima ratio** del orden jurídico a la que solo cabe acudir cuando no existe otro medio de salvaguardar un derecho o garantía amparado por la Constitución (conf. C.S.J.N. Fallos: 256:602; 258:255; 302:166; 316:188, 1718 y 2624; 319:3148; 321:441 y 1888; 322:842 y 919; 324:920, entre otros). No obstante lo anterior, la Corte Suprema de Justicia de la Nación supo recordar que la invalidación de una norma por los tribunales puede decretarse únicamente (i) si la repugnancia con la cláusula constitucional es clara, manifiesta e indudable (causa A.959 XLII «Álvarez Moser», sent. del 04-IX-2007, por remisión al Dictamen de la Procuración General), (ii) luego de un acabado examen del precepto (C.S.J.N. Fallos 328:4542 y 330:2981, por remisión en ambos casos a sendos Dictámenes de la Procuración General), para lo cual los magistrados: (iii) deberán agotar todas las interpretaciones posibles antes de declarar la inconstitucionalidad (C.S.J.N. Fallos 328:1491), (iv) autoimponiéndose la mayor mesura en tal faena (C.S.J.N. Fallos 327:5723) y evitando examinar la conveniencia o acierto del criterio adoptado por el legislador en el ámbito propio de sus atribuciones (Fallos 327:5614; 328:1416; 328:91; 329:385; 329:4032 –por remisión al Dictamen de la Procuración General), salvo irrazonabilidad o iniquidad (Fallos 328:566) (esta Cámara causas G-1232-BB1 «Fernández», sent. del 27-VIII-2009; A-1270-MPO «Urbanizaciones Los Altos SA», sent. del 03-VI-2010 –del voto de la mayoría-).*

*Con ello en vista, el examen de la validez de la norma cuestionada a la luz de la limitación impuesta por el art. 28 de la Constitución Nacional pone de manifiesto que los medios establecidos en la ley no se adecuan a los fines perseguidos por el legislador, resultando ésta manifiestamente irracional por lo que se impone declarar su inconstitucionalidad”,* (Cámara en lo Contencioso Administrativa de Mar del Plata, causa A-4549- DO1 “Del Campo, Ricardo c/ Municipalidad de General Madariaga s/ Amparo”, sentencia de 5-II-2.015, voto del Dr. Mora sin disidencias).

En el precedente citado, la Alzada confirmó la inconstitucionalidad, atento a que el conflicto aún no había sido resuelto al tratarse el caso en la instancia judicial, a diferencia del *sub lite*, donde la parte actora acude solamente por los daños y perjuicios, ya cerrados los procedimientos administrativos, que provocaran el pedido de resarcimientos.

Por lo aquí expuesto, corresponde rechazar los pedidos de inconstitucionalidad peticionados por la accionante.

#### **VII.- Costas.-**

Atento a lo dispuesto por el Art. 51 inc. 1 del C.C.A, –texto según ley 14.437/2013- corresponde aplicar las costas a la parte demandada **PROVINCIA DE BUENOS AIRES**, por su condición de vencida.

Por los fundamentos de hecho y derecho vertidos en los considerandos antecedentes, doctrina y jurisprudencia citada,

#### **RESUELVO:**

**1)-** Hacer lugar parcialmente lugar a la demanda incoada por M. A. S. contra la PROVINCIA DE BUENOS AIRES, respecto a la “*pretensión indemnizatoria*”, condenando a ésta

última a pagar a la actora la *suma de pesos diez mil (\$ 10.000.00)*, con más sus intereses, conforme lo determinado en el *Considerando V.2.*, de la presente.

**2)**- Rechazar la pretensión indemnizatoria por daño emergente, conforme los fundamentos plasmado en el *Considerando V.1.*, de esta resolución.

**3)**- Rechazar el pedido de inconstitucionalidad requerido por la actora, respecto de los artículos 35 inciso c) de la *ley 24.449*, 35 inciso f) de la *ley 13.927* y sobre el *Anexo V del decreto 532/2.009*, ello por los argumentos vertidos en el *Considerando VI*), de la presente.

**4)**- Diferir la regulación de honorarios profesionales hasta la aprobación de la liquidación a practicarse, que se deberá practicar una vez que adquiera firmeza la presente (art. 51 *decreto ley 8904/77*). **REGÍSTRESE. NOTIFÍQUESE.**

En de septiembre de 2015 se libraron dos cédulas, en cumplimiento a lo ordenado precedentemente. Conste.

**PABLO FEDERICO HANKOVITS**  
**Secretario**  
**Juzgado Contencioso Administrativo**

~