

EL DERECHO

DIARIO DE DOCTRINA Y JURISPRUDENCIA

DIRECTOR: ALEJANDRO BORDA - CONSEJO DE REDACCIÓN: GABRIEL FERNANDO LIMODIO, LUIS MARÍA CATERINA, MARTÍN J. ACEVEDO MIÑO, DANIEL ALEJANDRO HERRERA, NELSON G. A. COSSARI

NOTA

La falta de representación del menor de edad por nacer en un nuevo fallo sobre interrupción voluntaria del embarazo, por Sofía María Parra Senfet
Cita Digital: ED-MVDCXXXVIII-621

JURISPRUDENCIA

MEDIDAS CAUTELARES: Rechazo: presunto padre; menor por nacer; interrupción del embarazo; abstención; libre voluntad de la persona gestante; primacía frente al deseo y la voluntad expresadas por personas diferentes a ella (CApel.CC Trenque Lauquen, abril 20-2023)

SEGURO: Cobertura: vigencia; primas; pago por débito automático; interpretación (CNCom., sala D, marzo 2-2023)



La falta de representación del menor de edad por nacer en un nuevo fallo sobre interrupción voluntaria del embarazo

por SOFÍA MARÍA PARRA SENFET^(*)

Sumario: I. INTRODUCCIÓN. – II. LOS HECHOS DEL CASO. – III. ANÁLISIS DE LA SENTENCIA. *III.1. AUSENCIA DE FUNDAMENTACIÓN DE LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE LA MEDIDA CAUTELAR. III.2. OMISIÓN DE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN ARMÓNICA DE LA NORMA APLICABLE Y LOS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES. III.3. SOBRE LA FALTA DE LEGITIMACIÓN DEL PADRE POR AUSENCIA DE RECONOCIMIENTO. III.4. NULIDAD POR FALTA DE INTERVENCIÓN DEL MINISTERIO PÚBLICO.* – IV. CONCLUSIÓN.

I. Introducción

La Ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (en adelante, “IVE”), que tiene por objeto regular el acceso a la interrupción voluntaria del embarazo y a la atención postaborto, en su artículo 4°, dispone que “las mujeres y personas con otras identidades de género con capacidad de gestar tienen derecho a decidir y acceder a la interrupción de su embarazo hasta la semana catorce (14), inclusive, del proceso gestacional”⁽¹⁾. En ese orden, y mediante Decreto reglamentario 516/2021, que incluye el ANEXO (IF-2021-69993393-APN-SAS#MS)⁽²⁾, exige, para el acceso a la práctica hasta ese lapso de gestación, el consentimiento informado de la persona requirente en los términos de los artículos 7°, 8° o 9° de la IVE, según corresponda. Así las cosas, en el art. 7° de la Ley referida se regula la forma en que debe prestarse el consentimiento informado de la persona gestante, esto es, que sea previo a la realización de la práctica, que sea expresado por escrito de conformidad con lo previsto en la Ley 26.529 y en el artículo 59 del Código Civil y Comercial de la Nación (en adelante, “CCyC”), y que nadie puede ser sustituido en el ejercicio personal de este derecho⁽³⁾.

En el marco de una medida cautelar peticionada por un padre de un niño por nacer con el fin de que su expa-

reja no aborte, los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen, provincia de Buenos Aires, consideraron que la libre voluntad de la persona gestante debe primar frente al deseo y la voluntad expresadas por personas diferentes a ella, y que, además, el actor no podía representar en juicio a ese hijo por nacer, en la medida que no lo había reconocido.

Sin perjuicio de que se analizarán cada uno de los argumentos expuestos en la resolución, adelantamos nuestra crítica en tanto los magistrados de ambas instancias omitieron dar intervención al Ministerio Público, de conformidad con lo dispuesto en el artículo 103 del CCyC, lo que hubiera acarreado la nulidad del proceso.

II. Los hechos del caso

Con fecha 10/04/2023, B., C. G. interpuso una medida cautelar autosatisfactiva a fin de que el Juzgado de Paz Letrado de Guaminí, departamento de Trenque Lauquen, disponga una medida cautelar para que B., J. B. se abstenga de realizar cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo, la que según sus dichos sería inminente.

Fundó su petición en que se estarían violando todos los derechos del hijo por nacer y los del él mismo en su carácter de padre conforme los artículos 19, 22, 23, 24, 101, 638, 642 y ccs. del CCyC. Por su parte, acompañó documentación respaldatoria de sus dichos en cuanto a la existencia de un embarazo, paternidad de la persona por nacer, manifestación de su expareja de poner fin al embarazo y su postura sobre que se dé continuidad a ese embarazo (cartas documento, contrato de comodato a fin de acreditar la existencia de una unión convivencial, órdenes médicas para realización de estudios previos a la práctica, entre otras).

En cuanto a lo peticionado, la magistrada, en primer lugar, se avocó a analizar en forma preliminar los requisitos de admisibilidad de la pretensión, para determinar si B., C. G. se encontraba “prima facie” legitimado para peticionar en protección a sus derechos y del hijo o hija por nacer a la luz de la normativa vigente, y resolvió, en fecha 11/04/2023, rechazar “in limine” la medida cautelar autosatisfactiva con imposición de costas a la parte actora vencida, conforme al artículo 68 del CPCC.

Para así decidir, sostuvo que la legislación que rige la materia en cuestión, artículo 7° de la IVE, es clara en cuanto a que la decisión está reservada a la persona embarazada sin que se contemple la posibilidad de que el padre interfiera en la decisión del aborto, que solo puede ser adoptada por la madre.

Por otra parte, sustentó su resolución en que la legitimación es un requisito de admisibilidad de la acción y que, a la luz de la “frondosa regulación protectora de las mujeres” del sistema de Naciones Unidas, del interamericano, de las leyes nacionales y locales y en consonancia con lo dispuesto por el artículo 51 del CCyC –que declara la inviolabilidad de la persona humana y el derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad–, resulta contundente en cuanto a los sujetos legitimados. En ese orden, señaló que obligar a una mujer a llevar adelante un embarazo para satisfacer intereses de quien eventualmente podría ser el padre de la persona por nacer configuraría una clara violación de sus derechos, y toda la legislación vigente procura reforzar la autonomía de la voluntad de la mujer para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

Por último, destacó que, conforme lineamientos de la Corte Suprema de Justicia, las cuestiones de política sanitaria, como es la temática relativa a la IVE, no deben ser susceptibles de judicialización. Así las cosas, recordó que, para el acceso a la IVE de cualquier persona hasta la semana 14 inclusive de gestación, se requiere únicamente su consentimiento informado. Es decir, que la mujer o persona gestante no tiene que explicitar ningún motivo para que le sea concedido el acceso a la práctica.

Esta resolución fue apelada por B., C. G., en fecha 12/04/2023, agraviándose de que el Juzgado únicamente tomó en cuenta el derecho que le asiste a la madre, omitiendo pronunciarse sobre otras normas (artículos del CCyC y de la Convención de los Derechos del Niño), que

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en *El Derecho*: *El derecho a la objeción de conciencia en los proyectos de ley de legalización del aborto*, por JUAN G. NAVARRO FLORIA, ED, 277-952; *Aborto y derecho penal en Argentina*, por SEBASTIÁN SCHUFF, ED, 277-962; *Aborto y presiones sobre la mujer*, por JOSÉ E. DURAND MENDIOROZ, ED, 277-966; *Las ciencias biológicas y genéticas avalan que el derecho no puede ser una construcción voluntarista. Protección constitucional del niño por nacer y de su madre e ilicitud del aborto*, por EDUARDO MARTÍN QUINTANA, ED, 278-913; *El derecho del por nacer a la vida y la despenalización del aborto*, por RODOLFO C. BARRA, ED, 278-555; *El debate por el aborto. Algunas cuestiones jurídicas*, por DANIEL ALEJANDRO HERRERA, ED, 278-918; *Media sanción al proyecto de aborto libre*, por JORGE NICOLÁS LAFFERRIÈRE, ED, 278-924; *Aborto no punible y su consecuencia en alimentos de menores*, por MARÍA ELISA PETRELLI, ED, 278-631; *¿Debe ser penada la mujer que aborta? Algunas reflexiones acerca de la actual normativa del Código Penal en relación con el aborto*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, ED, 278-790; *La práctica normada del aborto desde la perspectiva del derecho ambiental, en el marco general del sistema jurídico argentino*, por CARLOS A. SÁNCHEZ MAS, ED, 281-667; *La sinrazón de una sentencia*, por RICARDO GUTIÉRREZ y ESTEBAN IGNACIO VIÑAS, EDPE, 07/2019-5; *Las condiciones obstétricas y neonatales esenciales deben cumplirse: Resolución 670/19 de la Secretaría de Gobierno de Salud*, por JUAN BAUTISTA ELETA, ED, 282-1037; *La autonomía moral en el derecho natural y en el derecho positivo*, por ANTONIO BOGGIANO, ED, 284-842; *La objeción de conciencia de los médicos en los hospitales públicos*, por IGNACIO M. DE LA RIVA, ED, 285-462; *La objeción de conciencia frente al aborto en el derecho comparado*, por LUCÍA CAMPO, MARÍA SOLEDAD RICCARDI y MARÍA INÉS FRANCK, ED, 286-586; *La objeción de conciencia y el aborto. Reflexiones acerca de la democracia*, por HÉCTOR PÉREZ BOURBON, *Revista de Derecho Constitucional*, n° 4, diciembre 2020; *Proyecto de “interrupción voluntaria del embarazo” y objeción de conciencia*, por GONZALO CASTELLANOS, ED, 289. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderechodigital.com.ar.

(*) Abogada (UCA, 2016), especialista en Derecho de Familia (UCA, 2021), profesora de Derecho de la Salud y de Derecho Internacional Público (UCA y Siglo 21), doctoranda en Ciencias Jurídicas (UCA).

(1) Ley N° 27.610 de Acceso a la Interrupción Voluntaria del Embarazo (B.O. 15/01/2021).

(2) Decreto reglamentario 516/2021 (B.O. 14/08/2021).

(3) Lafferrière, en su comentario al artículo 7° de la IVE, señala, respecto al alcance de la norma, que, para que exista un consentimiento válido, la información que se debe brindar debe ser completa, veraz, accesible y clara. Es particularmente importante enfatizar que según la Ley 26.529 existe un deber de explicar los “procedimientos alternativos”. Para profundizar sobre el análisis del texto completo de la IVE, ver Lafferrière, J. N., *Ley de aborto comentada: Análisis crítico de la ley 27.610* [en línea], Centro de Bioética, Persona y Familia, Buenos Aires, 2021. Disponible en: <https://repositorio.uca.edu.ar/handle/123456789/11182>

le otorgan legitimación para actuar judicialmente en su calidad de alegado padre y en representación del presunto hijo por nacer.

Llegado el caso a la Alzada, los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial de Trenque Lauquen celebraron telemáticamente acuerdo para dictar sentencia, planteándose las siguientes cuestiones:

Primera: ¿es procedente la apelación del 12/04/2023 contra la resolución del 11/04/2023?

Segunda: ¿qué pronunciamiento corresponde emitir?

A la primera cuestión el juez *Lettieri* dijo:

En cuanto a la colisión de derechos que B., C. G. señaló que existiría entre los de él y los de B., J. B., tuvo que decidir si han mediado motivos que habiliten pasar a debatir en sede judicial si debe primar o no el derecho otorgado a la persona gestante en el artículo 2 inciso a) de la IVE de interrumpir el embarazo frente al derecho de quien alega ser el presunto padre que se encontraría reconocido, en los arts. 646, 647 y concordantes del CCyC. En ese orden, advirtió que había que tener presente que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante “Corte IDH”) ha sostenido que el derecho a la libertad personal “incluye un concepto de libertad en sentido extenso como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta a toda la Convención Americana”. La Corte IDH señala que la maternidad –y agrega ‘voluntaria’– es inherente al derecho de la libertad personal y vida privada, por lo cual imponerla a través de la prohibición del aborto o los anticonceptivos, o negándola a través de políticas de reducción de la población, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres⁽⁴⁾.

A mayor abundamiento, añadió que esa autonomía de la voluntad de la persona gestante se ha visto ampliada y profundizada en el caso “Manuela y otros c/ El Salvador”⁽⁵⁾, en el que la Corte IDH aseveró que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales.

Así las cosas –sostuvo–, si se pretendiera, como en este caso, que en sede judicial se entre a considerar si debe dejar de prevalecer la voluntad de aquella frente a la del presunto padre, es menester que se aleguen motivos serios, excepcionales y atinentes al caso particular que desborden el simple deseo y la mera voluntad de paternar de quien alega ser padre, como aquí sucede en que no se ha traído más que aquel deseo de la paternidad.

En este sentido, señaló, cobra relevancia lo dicho por la jueza inicial en punto a que, conforme lineamientos de la Corte Suprema de Justicia Nacional, cuestiones como esta no deben ser susceptibles de judicialización. Para ello, citó la causa “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva”⁽⁶⁾, que en el punto 3) de la parte resolutive dispuso “Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”.

Por último, advirtió que, si bien B., C. G. pretendía obtener legitimación para judicializar este caso, en la calidad que alega de ser representante de los derechos de su hijo por nacer, lo cierto es que, para ejercer esa representación, como lo habilitaría el artículo 101 del CCyC, ese hijo por nacer debería estar reconocido, lo que aquí no surgía que hubiera sucedido de acuerdo al artículo 574 del CCyC. De modo que toda argumentación que derivara de ese carácter a fin de que la jurisdicción considerase si debía hacerse lugar a la medida cautelar que pretende no podía ser atendida (artículos 2 y 3 del CCyC).

Por lo expuesto, resolvió desestimar la apelación del 12/04/2023 contra la resolución del 11/04/2023. Por su parte, la jueza Scelzo adhirió a su voto.

A la segunda cuestión, el juez *Lettieri* estimó que correspondía desestimar la apelación del 12/04/2023 contra la resolución del 11/04/2023, cuestión que fue adherida por la jueza Scelzo.

Por lo que resultó del acuerdo, la Cámara resolvió finalmente desestimar la apelación del peticionante, confirmando de esta forma el fallo del Juzgado de Paz Letrado de Guaminí.

III. Análisis de la sentencia

III.1. Ausencia de fundamentación de los requisitos de procedencia de la medida cautelar

Si bien el Tribunal en su sentencia no hace referencia a los requisitos necesarios para el dictado de la medida cautelar peticionada, el Juzgado de Paz sí destacó que resultaba necesario realizar un análisis preliminar de la admisibilidad de la pretensión.

No obstante lo anticipado por aquel, la realidad que se observa es que sus argumentos parecieran únicamente dirigirse a fundamentar la falta de verosimilitud en el derecho, pero no hace ninguna mención de los otros requisitos. En particular, destacamos que más allá de que nuestra postura es que correspondía la nulidad relativa del proceso y que la verosimilitud se encontraría acreditada en virtud de la protección de los derechos de la persona por nacer –como se desarrollará en los subapartados siguientes–, opinamos que en el caso se configuró el peligro en la demora, suficiente para que los jueces procedieran al otorgamiento de la medida cautelar.

Así las cosas, cabe recordar que el peligro en la demora es un requisito que ha merecido una interpretación flexible por parte de la jurisprudencia, en el entendimiento de que se trata de una circunstancia siempre latente ante la posibilidad de que la parte demandante pudiese obtener oportunamente una sentencia favorable a la pretensión deducida y esta resultare, en tal momento, de cumplimiento imposible; ello sin que implique prejulgamiento⁽⁷⁾. Como antecedente favorable a la procedencia de la medida cautelar por parte de un presunto padre, encontramos el fallo “C. B. G. M. c/ J. C. A. C. y Provincia de Salta por Amparo”, que tramitó por ante el Juzgado en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de la Provincia de Salta⁽⁸⁾. En esa oportunidad, el Dr. Tomás L. Méndez Curutchet sostuvo que “*el requisito que más notoriamente se encuentra cumplido en la presente es el del peligro en la demora, justamente porque en caso de concretarse el aborto, que según menciona el actor sería inminente, pues habría sido postergado para la semana del 7 al 11 de junio que nos encontramos cursando, se produciría el hecho que intenta evitar a través de este proceso, el que resultaría irreparable. Más aún si se tiene en cuenta que la Ley 27.610 fija un plazo de solo 10 días para la realización de la práctica desde su requerimiento (conf. art. 5º) el que, según refiere el actor, se habría producido aproximadamente una semana antes de interponer la presente acción*”.

Efectivamente, en el caso que nos compete, la concreción de la práctica resultaba inminente, y, por lo tanto, existía un peligro de daño irreparable, tal como forzosamente lo requiere el dictado de una medida innovativa como la que se peticionó.

Asimismo, en cuanto a la contracautela, destacamos la solución arribada por la Sala III de la Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, en el fallo “S. F. A. c/ T. B. M. G. s/ Cautelar”, que resolvieron que, lo más propicio era conceder la medida bajo caución personal del esposo, en la cual se comprometía a hacerse cargo de todos los gastos económicos que genere el embarazo, así como también los del parto, y que no fueran expresamente cubiertos por la obra social respectiva⁽⁹⁾.

III.2. Omisión de realizar una interpretación armónica de la norma aplicable y los instrumentos internacionales

En segundo lugar, la jueza de grado sostuvo que la norma que rige el caso –artículo 7º de la IVE– debía interpre-

(4) En este apartado, incluye la siguiente cita textual: Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes Especiales”, t. 1, páginas 152/153, Directoras Marisa Herrera - Natalia de la Torre, editores del Sur, año 2022, con cita de Casas Becerra Lidia, en “Los desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo c/ Costa Rica de la Corte IDH: algunos comentarios”.

(5) Disponible en: https://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_441_esp.pdf (último acceso, 20/06/2023).

(6) CSJN, Fallos: 310:819.

(7) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial de Salta, Sala I, 18/06/93, Fallos año 1993, p. 319; id., Sala V, 5/11/92, Fallos año 1992, T. XII, págs. 1087/1092.

(8) Juzgado en lo Civil y Comercial de 1ª Nominación de Salta, “C. B. G. M. c/ J. C. A. C. y Provincia de Salta por Amparo”, 07/06/2021, Ciudad Autónoma de Buenos Aires: eDial.com - AAC481.

(9) Cámara de Apelaciones en lo Civil, Comercial y Minería de San Juan, Sala III, “S. F. A. c/ T. B. M. G. s/ Cautelar”, 01/05/2021, Buenos Aires: La Ley, DFyP 2021 (junio), págs. 6.

tarse a la luz de la “frondosa regulación protectoria de las mujeres” del sistema de Naciones Unidas, del interamericano, de las leyes nacionales y locales, en particular, el art. 51 del CCyC.

Al respecto, señalamos el mal hábito que tienen los tribunales nacionales en citar a mansalva los instrumentos internacionales, muchas veces sin hacer referencia al caso, o sin indicación de los artículos en particular, lo que trae como consecuencia pronunciamientos incoherentes o contradictorios. En ese orden, el Tribunal debió de interpretar no solo los tratados que hacen referencia a los derechos de la madre gestante, sino que debió interpretarlos conjuntamente con los que establecen estándares protectores de toda vida humana, y que cuentan con igual jerarquía constitucional. Recordemos así la declaración interpretativa hecha por nuestro país al artículo 1º de la Convención sobre los Derechos del Niño, que declara que debe interpretarse en el sentido que se entiende por niño todo ser humano desde el momento de su concepción y hasta los 18 años de edad. A su vez, el artículo 4º de la Convención Americana de los Derechos Humanos, que en su inciso 1) dispone que toda persona tiene derecho a que se respete su vida, y que ese derecho estará protegido por la ley y, en general, a partir del momento de la concepción. También podemos advertir este derecho en el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad, que establece que los Estados Partes reafirman el derecho inherente a la vida de todos los seres humanos y adoptarán todas las medidas necesarias para garantizar el goce efectivo de ese derecho por las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con las demás.

En este aspecto, consideramos que en estos casos debería primar el principio *pro homine*. Este es caracterizado por la doctrina como una regla general del derecho de los derechos humanos (subyacente a todo el derecho de los derechos humanos), fuente principal en el sentido del art. 38.1.b) del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, mediante la cual, vía interpretación o adecuación normativa, se busca asegurar que en toda decisión se alcance el resultado que mejor proteja a la persona humana⁽¹⁰⁾.

En ese orden, no podemos dejar de observar que la jueza expresamente cita el artículo 51 que dispone “La persona humana es inviolable y en cualquier circunstancia tiene derecho al reconocimiento y respeto de su dignidad”, norma que –¿por qué no?– aplicaría tanto a la mujer como a su hijo por nacer e, incluso, añadimos, al presunto padre.

En consecuencia –sostuvo–, obligar a una mujer a llevar adelante un embarazo configuraría una clara violación de sus derechos y toda la legislación vigente procura reforzar la autonomía de la voluntad de la mujer para decidir sobre sus derechos sexuales y reproductivos.

A mayor abundamiento, el Tribunal añadió que esa autonomía de la voluntad de la persona gestante se vio ampliada y profundizada en el caso “Manuela y otros c/ El Salvador”, en el que la Corte IDH aseveró que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales.

Respecto a la autonomía de la voluntad, comulgamos con Basset en señalar que el derecho a decidir debe encontrar su límite en la ordenación de la responsabilidad parental a su causa-fin: el desarrollo integral del hijo y su superior interés⁽¹¹⁾.

También resulta pertinente traer a colación lo resuelto por la Suprema Corte de Estados Unidos en el resonante fallo “Dobbs”⁽¹²⁾, que sostuvo que el derecho a abortar no es un componente esencial de la “libertad”. Tras esa primera conclusión, la sentencia se centró en determinar si el derecho al aborto podía encontrarse protegido como parte de un derecho arraigado más amplio, sea este la privacidad, o la libertad de hacer elecciones íntimas y personales, esenciales para la dignidad y autonomía personal, como parte de esa “libertad ordenada”; también resuelve en

sentido negativo dicha cuestión. Así, señala que, “*si bien los individuos son ciertamente libres de pensar y decir lo que deseen sobre la ‘existencia’, el ‘significado’, el ‘universo’ y el ‘misterio de la vida humana’, no siempre [tales individuos] son libres de actuar de acuerdo con esos pensamientos. La licencia para actuar sobre la base de tales creencias puede corresponder a una de las muchas interpretaciones de ‘libertad’, pero ciertamente no es una ‘libertad ordenada’. La ‘libertad ordenada’ establece límites y define la frontera entre intereses contrapuestos. Roe y Casey lograron un equilibrio particular entre los intereses de una mujer que quiere abortar y los intereses de lo que denominaron ‘vida potencial’. Pero el pueblo de los distintos estados puede evaluar esos intereses de manera diferente*”⁽¹³⁾.

De este modo, sin llegar a sostener que la protección constitucional de la vida se extiende a la vida prenatal, la sentencia reconoce el fuerte interés que pueden tener los Estados en proteger dicha vida potencial⁽¹⁴⁾.

III.3. Sobre la falta de legitimación del padre por ausencia de reconocimiento

Tanto el Juzgado de Primera Instancia como los jueces de Cámara convergieron en que, para ejercer la representación del menor por nacer, como lo habilitaría el artículo 101 del CCyC, B., C. G. debería haberlo reconocido, lo que no surgía que hubiera sucedido de acuerdo al artículo 574 del CCyC.

Revisando los antecedentes traídos por el Juzgado de Primera Instancia, podemos advertir que dentro de la documentación respaldatoria de sus dichos, el peticionante incluyó prueba de la existencia de un embarazo, la paternidad de la persona por nacer, manifestación de su expareja de poner fin al embarazo y su postura sobre que se le dé continuidad (cartas documento, contrato de comodato a fin de acreditar la existencia de una unión convivencial, órdenes médicas para realización de estudios previos a la práctica, entre otras).

Si bien no vemos expresamente acreditado el reconocimiento mediante algunas de las formas previstas por el artículo 571⁽¹⁵⁾, creemos que podría haberse analizado la presunción conforme el artículo 585, en tanto el presunto padre probó que se hallaba en convivencia con la madre gestante durante la época de la concepción, lo que haría presumir el vínculo filial a favor de su conviviente, excepto oposición fundada⁽¹⁶⁾.

Por su parte, es relevante la doctrina que sostuvo que “*Aun si los padres no estuvieran ni casados ni en convivencia, las normas sobre la responsabilidad parental también generarían el conflicto que se ha tratado en este caso. Ello así toda vez que el reconocimiento es una de las posibilidades para determinar la filiación extramatrimonial y, específicamente, el art. 574 del CCyC contempla la posibilidad de reconocer un hijo por nacer. De este modo, resultan equiparados los derechos de los niños no nacidos dentro o fuera del matrimonio...*”⁽¹⁷⁾. En ese orden, el fallo citado anteriormente señaló que desde la concepción y transitando el embarazo, pueden suscitarse serias diferencias que afecten derechos y generen obligaciones para ambos progenitores por igual, algunas descriptas de forma genérica, y otras legisladas de forma específica, como el caso de la mujer embarazada que tiene derecho a reclamar alimentos al progenitor presunto con la prueba sumaria de la filiación alegada (art. 665 del

(13) Dobbs, Slip Op., págs. 30-31.

(14) Vitolo, Alfredo M., “Entendiendo Dobbs”, en El caso “Dobbs”. Reflexiones sobre un fallo de fuerte impacto, Buenos Aires: El Derecho - diario, pág. 9. Cita Digital: ED-MMMCCCXC-617.

(15) Artículo 571. Formas del reconocimiento. La paternidad por reconocimiento del hijo resulta: a) de la declaración formulada ante el oficial del Registro del Estado Civil y Capacidad de las Personas en oportunidad de inscribirse el nacimiento o posteriormente; b) de la declaración realizada en instrumento público o privado debidamente reconocido; c) de las disposiciones contenidas en actos de última voluntad, aunque el reconocimiento se efectúe en forma incidental.

(16) Mazzinghi lo anticipó cuando señaló el ejemplo hipotético de un marido (los hijos de su esposa se presumen hijos suyos) respecto de la decisión de abortar de su esposa, “pero nos parece que en igual condición estaría el conviviente, o la pareja estable, o no tan estable, en la medida en que pudiera sumariamente demostrar que es el padre gestante del niño que se planea abortar”: Mazzinghi, Gabriel M., “El aborto y el derecho del padre”, Argentina: El Derecho - Cuadernos Jurídicos de Derecho de Familia, Número 98, Cita Digital: EDMXXXIX-266.

(17) Elela, Juan Bautista - Viar, Ludmila Andrea, “En torno a la sentencia que suspendió un aborto por pedido del padre”, Buenos Aires: El Derecho - diario, Tomo 291, Cita digital: ED-MCCCXVII-222.

(10) Drnas de Clément, Zlata, “La complejidad del principio *pro homine*”, Buenos Aires, marzo 25 de 2015 - JA 2015-I, fascículo n. 12, pág. 103. Disponible en: <https://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf> (último acceso, 20/06/2023).

(11) Basset, Ursula C., “El aborto, la corresponsabilidad y la coparentalidad”, Buenos Aires: La Ley, DFyP 2021 (junio), p. 123.

(12) Dobbs, State Health Officer of the Mississippi Department of Health, et al. vs. Jackson Women’s Health Organization et al., Slip Op. - 597 U. S. ____ (2022).

CCyC). Para este caso particular, los jueces entendieron que la falta de acuerdo o disenso sobre asuntos de trascendencia familiar gestada a partir de la concepción no puede estar sometida a la voluntad potestativa de ninguno de los cónyuges, incluyendo, claro está, la práctica de la interrupción voluntaria del embarazo⁽¹⁸⁾.

Por lo demás, por qué el presunto padre no efectivizó el reconocimiento mediante las formalidades previstas en el CCyC es algo que desconocemos, así como también las circunstancias particulares de ambas partes. Por ello, creemos necesario no sacar conclusiones, ya que estamos frente a un caso en el cual la decisión de la mujer de realizarse la práctica era inminente, que legalmente tenía plazo hasta la semana 14 de embarazo, y que ambos se hallaban separados. No obstante ello, si aun probado el reconocimiento hubiese cambiado la postura de los magistrados, dado que, como vimos, basaron su principal argumento en que el artículo 7º de la IVE dispone que la decisión de llevar adelante la práctica está reservada a la persona embarazada, no contemplando la posibilidad que el padre interfiera en la decisión.

III.4. Nulidad por falta de intervención del Ministerio Público

Por último, destacamos la omisión, tanto del Juzgado de Paz como del Tribunal, en dar la oportuna intervención al Ministerio Público de conformidad con lo normado en el artículo 103 del CCyC, que regula la actuación del Ministerio Público respecto de personas menores de edad, incapaces y con capacidad restringida, y de aquellas cuyo ejercicio de capacidad requiera de un sistema de apoyos. Dicha intervención puede ser, en el ámbito judicial, complementaria o principal. En el caso, debió actuar en forma complementaria, ya que consistía en un proceso en el que se encontraban involucrados intereses de una persona menor de edad, y cuya falta de intervención tiene prevista la nulidad relativa del acto⁽¹⁹⁾.

La Corte tiene dicho que son descalificables las sentencias cuando se omitió dar intervención al Ministerio pupilar para ejercer la representación promiscua en los casos en que la resolución compromete en forma directa los intereses del menor de edad, por cuanto ello importa desconocer el alto cometido que la ley le ha asignado a dicho Ministerio, y no solo menoscaba su función institucional sino que acarrea la invalidez de los pronunciamientos dictados en esas condiciones⁽²⁰⁾.

Cabe hacer mención que existen fallos donde la Corte se expresó en forma contraria a la anterior postura, rechazando el planteo de nulidad de lo actuado en un juicio fundado en haberse omitido la intervención del Ministerio

Pupilar, si los menores que eran parte en la causa habían estado representados por su madre durante todo el pleito. También ocurrió en el fallo citado de San Juan, donde el solicitante había planteado la nulidad relativa, relacionado con la falta de intervención del Ministerio tutelar a través del Asesor de Menores en los términos del art. 103, inc. a), del CCyC, y de los artículos 31 y 32, inc. a), de la ley provincial 633-E. Allí, el Tribunal entendió que, en virtud de la naturaleza de la medida cautelar que fuera solicitada en nombre de los derechos de F. A. S. como progenitor y de los derechos de su hijo no nacido, se encontraban en una etapa preliminar a la sustanciación de un proceso, que por su objeto es de trámite restringido. Teniendo en cuenta ello –concluyó–, la actuación del Asesor de Menores debía ser solicitada en la tramitación de ese proceso, y dada la premura en que debe resolverse esta medida cautelar dicha intervención podía ser requerida con posterioridad y durante el trámite del proceso que contenga la pretensión de fondo.

No obstante, la diferencia con el caso en análisis es que mientras que en estos fallos resultaba claro el vínculo paterno filial y, por lo tanto, la legitimación para representar a los menores de edad por nacer, sus derechos se encontraban protegidos. Acá, al rechazar en forma preliminar la legitimación del presunto padre, y al ser la madre quien desea llevar adelante la práctica abortiva, la persona por nacer carece necesariamente de representación y, por ende, sus intereses no pudieron ser nunca defendidos.

IV. Conclusión

Hemos visto cómo la justicia resolvió un nuevo caso en el marco de la aplicación de la IVE, donde sostuvo una supuesta colisión de derechos entre la madre gestante y el presunto padre, considerando que debía primar la libre voluntad de la primera por sobre el segundo. Sin embargo, nada se dijo acerca de la persona por nacer ni de sus derechos, se vio impedida de contar con la representación que le garantiza el artículo 103 del CCyC, circunstancia que ha vulnerado el ejercicio de la defensa en juicio y la plena vigencia de la garantía de debido proceso, reconocidos por el artículo 18 de la CN y el artículo 12 de la Convención de los Derechos del Niño, sin que se hubieran esgrimido razones que permitieran tener por justificada dicha omisión.

Más allá de toda discusión sobre cómo debe formularse la armonía de normas tan dispares –las que reconocen los derechos de la persona gestante, por un lado, y los derechos de los menores de edad desde el momento de la concepción, por el otro, así como también otros que necesariamente se ven afectados, como los derechos del otro progenitor–, creemos que en virtud del principio *pro homine*, siempre debe privilegiarse la solución que mejor proteja a la persona humana. Más aún en estos casos, en tanto el menor por nacer, por sus condiciones particulares, no puede ejercerlos por sí mismo.

VOCES: HOSPITALES Y SANATORIOS - MÉDICO - SALUD PÚBLICA - ABORTO - PENA - RESPONSABILIDAD CIVIL - MEDIDAS CAUTELARES - JURISPRUDENCIA - CORTE SUPREMA DE LA NACIÓN - RELIGIÓN - GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - MINISTERIOS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL - PERSONA - DERECHO PENAL - CONSTITUCIÓN NACIONAL - INTERRUPCIÓN DEL EMBARAZO - AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD - MINISTERIO PÚBLICO

Medidas Cautelares:

Rechazo: presunto padre; menor por nacer; interrupción del embarazo; abstención; libre voluntad de la persona gestante; primacía frente al deseo y la voluntad expresadas por personas diferentes a ella.

Con nota a fallo

1 – Es la libre voluntad de la persona gestante la que debe primar frente al deseo y la voluntad expresadas por perso-

nas diferentes a ella, pues ante la colisión de derechos que dice el presunto padre, solicitante de la medida cautelar, que existiría entre los de él y los de la presunta persona gestante, se trata de decidir si respecto de esa colisión de derechos han mediado motivos que habiliten pasar a debatir en sede judicial si debe primar o no el derecho otorgado a la persona gestante en el art. 2º, inc. a), de la ley 27.610 de decidir si interrumpir el embarazo frente al derecho de quien alega ser el presunto padre que se encontraría reconocido, según expresa, en los arts. 646, 647 y conchs. del CCCN.

2 – La Corte Interamericana señala que la maternidad –y agrega “voluntaria”– es inherente al derecho de la libertad personal y vida privada, por lo cual imponerla a través de la

prohibición del aborto o los anticonceptivos, o negándola a través de políticas de reducción de la población, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres.

3 – *El derecho a la libertad personal incluye un concepto de libertad en sentido extenso como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta a toda la Convención Americana.*

4 – *La autonomía de la voluntad de la persona gestante se ha visto ampliada y profundizada en el caso denominado “Manuela y otros c. El Salvador” (2/11/2021), en el que la Corte Interamericana asevera que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia.*

5 – *Es el Estado como garante de la salud pública el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de otorgar una práctica rápida, accesible y segura, dentro de lo que engloba específicamente que no existan obstáculos médico-burocráticos o judiciales que impidan el acceso y pongan en riesgo la salud o la vida de quien reclama. M.A.R.*

61.604 – CApel.CC Trenque Lauquen, abril 20-2023.– B., C. G. c. B., J. B. s/ medidas precautorias (art. 232 del CPCC).

En la ciudad de Trenque Lauquen, provincia de Buenos Aires, en la fecha según art. 7 del Anexo Único del AC 3975, celebran telemáticamente Acuerdo los jueces de la Cámara de Apelación en lo Civil y Comercial Silvia E. Scelzo y Carlos A. Lettieri, para dictar sentencia en los autos “B., C. G. C/ B., J. B. S/ MEDIDAS PRECAUTORIAS (ART. 232 DEL CPCC)” (expte. nro. 93809), de acuerdo al orden de voto que surge del sorteo de fecha 19/4/2023, planteándose las siguientes cuestiones:

Primera: ¿es procedente la apelación del 12/4/2023 contra la resolución del 11/4/2023?

Segunda: ¿qué pronunciamiento corresponde emitir?

A la primera cuestión el juez *Lettieri* dijo:

1. Con fecha 10/4/2023 se presenta el actor y pide medida cautelar urgente para que se ordene a la demandada que se abstenga de cualquier práctica que tienda a interrumpir el embarazo que cursaría, a fin de proteger la vida del niño por nacer y sus derechos como padre.

Luego de efectuar el relato de cómo habrían sucedido los hechos, funda su pretensión en su calidad de padre y en los derechos de su hijo por nacer (v. escrito indicado, apartado II).

2. Frente a esa pretensión, se expide el juzgado inicial el día 11/4/2023 y resuelve –palabras más, palabras menos– que rige en el caso la ley 27.610 de acceso a la interrupción voluntaria del embarazo, que, en lo que aquí importa, dispone que la decisión está reservada a la persona embarazada, sin contemplar la posibilidad de que el padre interfiera en la decisión, que –reitera– solo puede ser adoptada por aquella, a la par que recuerda que conforme a frondosa regulación protectoria de las mujeres la norma es contundente en cuanto a los sujetos legitimados, a la vez que, conforme lineamientos de la Corte Suprema de Justicia Nacional, las cuestiones de política sanitaria como es la temática relativa a la IVE no deben ser susceptibles de judicialización.

Concluye que la petición del actor debe ser desestimada de plano ya que la legitimación es un requisito de admisibilidad de la acción, y en el caso el demandante no la tiene.

3. Esa resolución es apelada por el actor en el escrito de fecha 12/4/2023 y, concedido el recurso en relación, lo funda a través de la presentación del 19/4/2023.

Para lograr la revocación del fallo, en síntesis, dice que aquel únicamente ha tomado en cuenta el derecho que asiste a la madre (o sea, a la persona gestante según la ley), sin tener en cuenta que otras normativas que cita (artículos del CCyC y de la Convención de los derechos del Niño), le otorgan legitimación para actuar judicialmente

en su calidad de alegado padre y en representación del presunto hijo por nacer (v. escrito de mención, apartado III).

Radicado el expediente a esta cámara, la causa se encuentra en estado de ser resuelta (art. 270 cód. proc.; providencias y sorteo del 19/4/2023).

4.1. En primer lugar, en cuanto a la colisión de derechos que dice el presunto padre que existiría entre los de él y los de la presunta persona gestante, se trata de decidir si respecto de esa colisión de derechos que trae al ruedo el recurrente en su memorial, han mediado motivos que habiliten pasar a debatir en sede judicial si debe primar o no el derecho otorgado a la persona gestante en el artículo 2 inciso a) de la ley 27.610 de decidir si interrumpir el embarazo frente al derecho de quien alega ser el presunto padre que se encontraría reconocido, según expresa, en los arts. 646, 647 y concordantes del CCyC.

En ese camino, ha de tenerse presente que la CIDH ha sostenido que el derecho a la libertad personal “incluye un concepto de libertad en sentido extenso como la capacidad de hacer o no hacer todo lo que esté lícitamente permitido. En otras palabras, constituye el derecho de toda persona de organizar, con arreglo a la ley, su vida individual y social conforme a sus propias opciones y convicciones. La libertad, definida así, es un derecho humano básico, propio de los atributos de la persona, que se proyecta a toda la Convención Americana”. La Corte Interamericana señala que la maternidad –y agrega ‘voluntaria’– es inherente al derecho de la libertad personal y vida privada, por lo cual imponerla a través de la prohibición del aborto o los anticonceptivos, o negándola a través de políticas de reducción de la población, constituye una violación de los derechos humanos de las mujeres (ver “Código Civil y Comercial de la Nación y Leyes Especiales”, t. 1, páginas 152/153, Directoras Marisa Herrera - Natalia de la Torre, editores del Sur, año 2022, con cita de Casas Becerra Lidia, en “Los Desafíos para Chile de la decisión Artavia Murillo c/ Costa Rica de la Corte IDH: algunos comentarios”).

Esa autonomía de la voluntad de la persona gestante se ha visto ampliada y profundizada –como se advierte en la obra citada en el párrafo anterior– en el caso denominado “Manuela y otros c/ El Salvador” (2/11/2021), en el que la Corte Interamericana asevera que la libertad y autonomía de las mujeres en materia de salud sexual y reproductiva ha sido históricamente limitada, restringida o anulada con base en estereotipos de género negativos y perjudiciales. Ello se ha debido a que se ha asignado social y culturalmente a los hombres un rol preponderante en la adopción de decisiones sobre el cuerpo de las mujeres y a que las mujeres son vistas como el ente reproductivo por excelencia...” (v. obra citada, pág. 153 que remite al párrafo 252 del fallo que comenta).

A esta altura ya es claro que es la libre voluntad de la persona gestante la que debe primar frente al deseo y la voluntad expresadas por personas diferentes a ella.

Así, si se pretende, como en este caso, que en sede judicial se entre a considerar si debe dejar de prevalecer la voluntad de aquélla frente a la del presunto padre, es menester que se aleguen motivos serios, excepcionales y atinentes al caso particular que desborden el simple deseo y la mera voluntad de paternar de quien alega ser padre, como aquí sucede en que no se ha traído más que aquel deseo de la paternidad (v. escrito de demanda del 10/4/2023).

En ese sentido, cobra relevancia lo dicho por la jueza inicial en punto a que conforme lineamientos de la Corte Suprema de Justicia Nacional, cuestiones como ésta no deben ser susceptibles de judicialización.

Es que resolvió ese Tribunal en la causa “F., A. L. s/ Medida autosatisfactiva” (13/3/2012), en el punto 3) de la parte resolutive “Exhortar al Poder Judicial nacional y a los poderes judiciales provinciales y de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires a abstenerse de judicializar el acceso a los abortos no punibles previstos legalmente”.

Y sobre esa exhortación se dijo en los apartados 25 y 26 del voto que concitó la mayoría, que es el Estado como garante de la salud pública el que tiene la obligación, siempre que concurran las circunstancias que habilitan un aborto no punible, de otorgar una práctica rápida, accesible y segura, dentro de lo que engloba específicamente que no existan obstáculos médico-burocráticos o judiciales que impidan el acceso y pongan en riesgo la salud o la vida de quien reclama (apartado 25), agregando que

los Tratados de Derechos Humanos se han pronunciado censurando al Estado Argentino por no garantizar el acceso oportuno a la práctica de los abortos no punibles como una cuestión de salud pública y sin injerencia del Poder Judicial (apartado 26, con cita del Comité de Derechos Humanos CCPR/C/101/D/16/08/2007 del 29/03/11; Observaciones Finales del Comité de Derechos del Niño, Argentina. 21/06/2010. CRC/C/ARG/CO/3-4).

4.2. Por lo demás, pretende el actor obtener legitimación para judicializar este caso, en la calidad que alega de ser representante de los derechos de su hijo por nacer. Pero se advierte desde ya que no es así, en la medida que para ejercer esa representación, como lo habilitaría el artículo 101 del CCyC, ese hijo por nacer debería estar reconocido, lo que aquí no surge que haya sucedido de acuerdo al artículo 574 del código citado.

De modo que toda argumentación que derive de ese carácter a fin que la jurisdicción considere si debe hacerse lugar a la medida cautelar que pretende, no puede ser atendida (arg. arts. 2 y 3 cód. citado).

5. En suma, corresponde desestimar la apelación del 12/4/2023 contra la resolución del 11/4/2023.

Voto por la negativa.

A la misma cuestión la jueza *Scelzo* dijo:
Adhiero al voto del juez *Lettieri* (art. 266 cód. Proc.).
Así lo voto.

A la segunda cuestión el juez *Lettieri* dijo:
Corresponde desestimar la apelación del 12/4/2023 contra la resolución del 11/4/2023.

Tal mi voto.

A la misma cuestión la jueza *Scelzo* dijo:
Que adhiere al voto emitido en primer término al ser votada esta cuestión.

Por lo que resulta del precedente Acuerdo, la Cámara *resuelve*:

Desestimar la apelación del 12/4/2023 contra la resolución del 11/4/2023.

Regístrese. Notifíquese de acuerdo al art. 10 AC 4013 t.o. AC 4039. Hecho, radíquese electrónicamente en el Juzgado de Paz Letrado de Guaminí. – *Carlos A. Lettieri*. – *Silvia E. Scelzo* (Aux. letrado: María del Valle Quintana).

Seguro:

Cobertura: vigencia; primas; pago por débito automático; interpretación.

1 – En tanto que de las pruebas aportadas a la causa surge: 1) que en el contrato de seguro concertado entre las partes se pactó que los pagos de las primas se realizarían por débito automático en una tarjeta de crédito del actor; 2) que en virtud de este sistema tales pagos ingresaban en la aseguradora demandada transcurrido el mes de vencida la cuota; 3) que en dos oportunidades anteriores, frente al rechazo del débito por el banco emisor de la tarjeta, la accionada comunicó este hecho al accionante, instruyéndolo a que pagara por otra vía, sin reclamar penalidad alguna ni suspendiendo la cobertura, manteniéndose vigente el sistema de débito sin que fuera menester ningún trámite de reactivación; y 4) que en este caso, ante un nuevo rechazo del débito, la defendida, en vez de anunciar la falta de pago y procurar que el cliente lo concretara por otras vías, cerró todos los caminos y rechazó el siniestro ocurrido días después del último pago; cabe concluir que su conducta fue contraria a la buena fe e infringió la obligación que como proveedor tiene de informar “circunstancias relevantes” al consumidor, y además comportó una modificación unilateral y sorpresiva de una pacífica conducta anterior y cierto statu quo en punto a la determinación de la mora en el pago de las cuotas de prima, todo lo cual lleva a considerar que, al momento del siniestro, la cobertura se hallaba vigente y condenar a la aseguradora a cumplir el contrato que la vinculaba con el demandante.

2 – En caso de que en un contrato de seguro se haya pactado que el pago de las primas se debe realizar por débito automático, el control del efectivo débito no recae en el asegurado, pues tal exigencia resulta abusiva y antifuncional, sino que, luego de un rechazo del débito, debe la aseguradora instruir a su cliente sobre la metodología que se aplicará a los nuevos pagos. R.C.

61.605 – CNCom., sala D, marzo 2-2023. – A., S. y otro c/ ATM Compañía de Seguros S.A. s/ ordinario.

En Buenos Aires, a los 2 días del mes de marzo de dos mil veintitrés, se reúnen los Señores Jueces de la Sala D de la Excelentísima Cámara Nacional de Apelaciones en lo Comercial de la Capital Federal, con el autorizante, para dictar sentencia en la causa “A., S. Y OTRO contra ATM COMPAÑÍA DE SEGUROS S.A. sobre ORDINARIO”, registro n° COM 24377/2021 procedente del JUZGADO N° 9 del fuero (SECRETARÍA N° 17), en los cuales como consecuencia del sorteo practicado de acuerdo con lo previsto por el art. 268 del Código Procesal, resultó que debían votar en el siguiente orden, Doctores: Vassallo, Heredia y Garibotto.

Estudiados los autos la Cámara planteó la siguiente cuestión a resolver:

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada?

A la cuestión propuesta, el señor Juez de Cámara, doctor *Gerardo G. Vassallo* dice:

I. La sentencia de primera instancia, dictada el 3 de octubre del año pasado, admitió parcialmente la demanda iniciada por los señores S. D. A. y L. N. A. quienes, en su tiempo, demandaron a la aseguradora ATM por cumplimiento de contrato y resarcimiento de daños.

Como plataforma fáctica de su reclamo, ambos actores sostuvieron que el primero de los nombrados aseguró una motocicleta Kawasaki Ninja ZX-10R de titularidad del segundo, en la empresa demandada.

ATM Seguros otorgó al efecto, una “cobertura premium”, según la definición o calidad que especificó al emitir la póliza que ella misma acompañó a la causa. El aseguramiento contemplaba los riesgos de robo y/o hurto total, incendio total y pérdida total por accidente.

Según fuera relatado en el escrito de demanda, el siniestro (robo del motovehículo), se produjo el 1 de marzo de 2020, hecho que fue oportunamente denunciado a la demandada al día siguiente.

Es de señalar que no existe disenso sobre los sucesos hasta aquí descriptos. Por el contrario, hay total coincidencia entre las partes en cuanto a su veracidad.

La accionada, como defensa sustantiva, dedujo excepción de falta de legitimación pasiva. Negó con ello todo vínculo contractual vigente y, por tanto, toda responsabilidad en punto al siniestro reconocido, pues afirmó que al tiempo del siniestro la cobertura se encontraba suspendida por el impago de la cuota 5.

De esta última circunstancia derivó que, al momento del robo, no existía “una relación jurídico sustantiva”; ni se reunían “...los presupuestos procesales de fondo, esto es la falta de legitimación pasiva para ser demandada”. Sin decirlo con claridad, quedó planteado un escenario de “no seguro”.

Como adelanté, la sentencia admitió el progreso parcial de la demanda al desechar inicialmente que la cobertura se encontraba suspendida al tiempo del siniestro. Ello por entender probado que la cuota impaga venció con posterioridad a tal hecho, y que las anteriores se encontraban saldadas.

Así, al considerar que el seguro se encontraba vigente e incuestionado el siniestro, dispuso cumplir el contrato y ordenó abonar al asegurado (S. D. A.) la suma de ochocientos mil pesos (con más el 30% de ajuste automático pactado) importe que, según dispuso, sea enriquecido con intereses bancarios.

En punto a los daños reclamados con la demanda, la sentencia admitió el resarcimiento por privación de uso que mensuró en cincuenta mil pesos, pagaderos también a S. A.; pero desechó el pretendido lucro cesante al concluir que el mismo no fue probado.

También el fallo se pronunció respecto de la situación de los sujetos traídos a juicio en calidad de terceros a pedido de los aquí actores (Banco Patagonia S.A. y First Data Cono Sur S.R.L.).

La sentencia eximió a ambos de toda responsabilidad respecto de las contingencias que rodearon al contrato en estudio. Sin embargo, al entender que los A. pudieron considerar pertinente la convocatoria de aquellos al juicio, distribuyó las costas a su respecto, en el orden causado.

La sentencia fue apelada por ATM Compañía de Seguros S.A., en tanto condenada a cumplir con el contrato y otorgar resarcimiento por privación de uso; y por Banco Patagonia S.A. en cuanto a lo decidido respecto de las costas.

Iniciaré el estudio de sendos recursos por el deducido por ATM Compañía de Seguros S.A. en tanto cuestiona la sustancia de la solución. Concluido ese análisis, ingresaré en el agravio que propone Banco Patagonia.

II. a) *Recurso deducido por ATM Compañía de Seguros S.A.*

La aseguradora desarrolló sus agravios en dos capítulos. El primero, referido al rechazo de su defensa de falta de legitimación pasiva; el segundo orientado a impugnar lo decidido respecto de intereses y costas.

Amén de ello, en capítulo separado, la recurrente solicitó la aplicación del límite previsto en el artículo 730 del Código Civil y Comercial.

1. Falta de legitimación pasiva:

La demandada sostuvo en su escrito de descargo, afirmación que reitera al expresar agravios, que al tiempo del siniestro la prima se encontraba impaga, por lo cual la póliza “no estaba vigente”.

Para así afirmarlo, dijo que los actores habían desatendido la cuota N° 5, impago que liberaba a su parte de atender la cobertura contratada.

La sentencia destacó que la referida cuota N° 5 vencía el 10 de marzo de 2020. Y no existía disenso en punto a que la cuota N° 4 había sido abonada, sin objeciones de la acreedora, el mes anterior.

Inicialmente cabe señalar que las partes no discrepan en punto a que tanto en la póliza anterior que aseguraba el mismo vehículo por un período anual pretérito, como en la que comprendía temporalmente la fecha del siniestro, fue acordado que la prima sería abonada por el sistema de débito automático que se concretaría en una tarjeta Mastercard que fue identificada. Descuento que se cumplió prolija y puntualmente durante casi toda la relación negocial, hasta el vencimiento de la ya referida cuota N° 4, la que no pudo ser abonada por dicho procedimiento por ser rechazado el débito. De todos modos, lo fue dos días después mediante su ingreso por “Pago Fácil”.

Así lo confirmó el perito contadora al evacuar el punto pericial n° 5 propuesto por los actores.

No fueron precisados los motivos que pudieron justificar aquel rechazo de débito, aunque First Data Cono Sur S.R.L. al evacuar su citación como tercera, ensayó que podía tener causa en la denuncia de robo del plástico (fs. 10 de la numeración original del escrito presentado), explicación que pierde veracidad al advertir que, según lo denuncia la misma tercera, la denuncia habría sido en marzo de 2020 mientras que el rechazo del débito ocurrió el 10 de febrero de 2020.

Pero lo cierto y concreto es que el pago realizado el 12 de febrero de 2020 para atender la cuota N° 4, fue recibido por la aseguradora sin objeciones, lo cual, como se verá más adelante, debe ser interpretado como el cumplimiento regular del contrato.

A todo evento, aun cuando hubiere sido aplicado lo dispuesto en la cláusula 6.1 (CA - CO), en su artículo 2, la solución no afectaría sustancialmente la vigencia del seguro.

Tal disposición contractual, invocada también a otros efectos por la recurrente en su expresión de agravios, establece que la falta de pago de la prima (total o cuota), provoca la suspensión automática de la cobertura, situación que es revertida por el pago desatendido, efecto que se concretará mediante la rehabilitación del contrato que se producirá, también automáticamente, a las 0 hora del día siguiente al pago.

Como dije, la aseguradora aceptó sin objeciones el pago realizado el 12 de febrero de 2020. Así aun cuando la cobertura hubiera quedado suspendida al vencimiento de la cuota, la misma quedó rehabilitada a las 0 hora del día 13 de febrero.

Sin embargo, una prolija lectura del dictamen pericial contable, permite advertir la presencia de algún extremo, que al no haber sido propuesto con precisión por la demandada al tiempo de desarrollar su defensa, produjo cierta confusión al tiempo de redactar la sentencia.

En efecto, al describir la fecha de vencimiento de las cuotas en que fue dividida la prima anual, la perito contadora precisó que la cuota N° 1 venció el 10.10.2019; la N° 2 el 10.11.2019; la N° 3 el 10.12.2019; la N° 4 el 10.1.2020; y la N° 5 el 10.2.2020 (ver respuesta a pregunta N° 5 de los actores y N° 2 de la aseguradora).

Así, impaga la cuota N° 5 vencida el 10.2.2020, como es informado en el dictamen contable, la cobertura debía considerarse suspendida a las 0 hora del día 11 de febrero,

situación que se mantuvo al 1.3.2020, fecha en que se produjo el siniestro.

Pero esta objetiva conclusión se desdibuja al advertir el sistema pactado para el pago del premio y las consecuencias que, en el caso, derivaron de la aplicación de esa metodología.

Como fue dicho, las partes acordaron realizar los pagos de las primas mediante el sistema de débito automático, el cual impactaría sobre una tarjeta de crédito Mastercard de titularidad de S. A. Tal modalidad fue pactada tanto en el seguro concertado durante el año 2019, como en el vigente al tiempo del siniestro.

En lo que aquí interesa, los pagos causados en la póliza vigente al tiempo del robo, sufrieron un claro desajuste temporal entre el vencimiento de cada cuota y el ingreso de los fondos debitados.

Según fue constatado en el peritaje contable, el importe de la cuota N° 1 que formalmente venció el 10.10.2019 ingresó el 15.11.2019; el pago correspondiente a la N° 2 del 10.11.2019 fue recibido el 12.12.2019; los fondos de la N° 3 del 10.12.2019 lo hicieron el 13.1.2020; los de la N° 4 del 10.1.2020, fueron recibidos el 12.2.2020 (ver respuesta a pregunta N° 5 de los actores y N° 2 de la aseguradora).

Es claro que tanto los actores como sustancialmente la aseguradora conocían que, por el sistema acordado entre ambos, ATM recibía en los hechos el pago de cada cuota al mes siguiente de su vencimiento.

Sabido es que este sistema, en particular cuando el débito se realiza sobre una tarjeta de crédito, requiere de algún tiempo administrativo para la acreditación del pago al acreedor, a partir que es efectuado el descuento en el plástico del deudor. Y por este mismo desacople temporal, también debe transcurrir el mismo lapso para que tanto el titular de la tarjeta como el beneficiario del pago, conozcan si el descuento se concretó.

La operatoria descripta, y en particular por el tiempo apuntado, aparece compatible con la conducta adoptada por ATM en febrero de 2020 frente al impago de la cuota N° 4.

Según señalaron los actores en su escrito de demanda, fue la aseguradora quien el 12.2.2020 les comunicó telefónicamente el rechazo del débito y los instruyó para que concretaran el pago frustrado mediante otra vía (“Pago Fácil”; página 5 escrito de demanda).

Esta afirmación de los A. no fue negada por ATM al tiempo de presentar su descargo, lo cual permite tenerla por cierta.

De lo hasta aquí reseñado es posible derivar algunas conclusiones que considero insumos relevantes para construir la decisión en desarrollo.

Como puede inferirse de la fecha en que fue comunicado el impago de la cuota N° 4, la aseguradora recién tuvo conocimiento del rechazo del débito al momento en que usualmente ingresaban los fondos de la mensualidad, esto es, superados los treinta días de la fecha de cada vencimiento.

A su vez por la mecánica de la operatoria ya descripta, tampoco parece probable que el deudor pudiera haber tomado conocimiento del rechazo antes de recibir el resumen mensual de su tarjeta. De hecho, el Banco Patagonia al contestar la citación como tercero dijo haber informado al señor A. del rechazo del débito recién con la liquidación correspondiente al mes de febrero 2020 (página 4 del escrito mencionado), aunque sin precisar la fecha de envío del resumen. En rigor los actores dijeron haberse enterado del fracaso del descuento al momento de ser comunicado tal hecho por ATM.

Y frente a este hecho excepcional ambas partes obraron en congruencia con la operatoria de pago pactada y conforme a los tiempos en que esta se desarrollaba.

Así la aseguradora comunicó el rechazo al señor A. el 12.2.2020, quien ese mismo día procedió a pagar la mensualidad mediante “Pago Fácil”, vía sugerida por ATM.

Recuerdo, una vez más, que tal comunicación telefónica no fue desconocida por la aseguradora; hecho que aparece congruente con las precisiones que emanan del dictamen pericial contable, pues la experta confirmó que en los libros de la demandada fue asentado el pago de la cuota 4 en esa fecha (12.2.2020) y por tal vía de ingreso (“Pago Fácil”).

Pero además, y esto me parece más trascendente, la aseguradora instruyó a su cliente que realizara el pago a valores nominales, sin adicionar ningún interés o sanción pecuniaria por la objetiva demora.

De ello se deriva que, a los efectos del contrato, ATM consideró que el pago de la cuota N° 4 realizado en febrero de 2020 fue tempestivo, lo cual descarta todo estado de mora del asegurado.

[sic] este punto la Suprema Corte de Justicia de Mendoza ha señalado que el sistema de cobranza instaurado por sugerencia o con el consentimiento de la aseguradora, del cual claramente se benefició, dificulta la tarea de determinar con exactitud la fecha de mora, dado el largo período que tiene el Banco emisor de la tarjeta para rendir cuentas y que el pago recién es registrado al tiempo que ingresan los fondos en ATM (SCJ Mendoza, Sala I, 13.6.2011, “Taboada, Olga N. c/ Melgar, Leandro R. y otro s/ daños y perjuicios”; IJ – MCXXXI, 125).

Confirmada la regularidad del pago de la cuota N° 4, corresponde analizar lo sucedido con la N° 5, que es la que ATM dice desatendida y que, en la posición de la demandada, es la que justificaría la predicada suspensión de cobertura y por ello, el rechazo del siniestro.

Como fue dicho y no desconocido por las partes, la relación negocial entre ellas tuvo inicio el 10.10.2018 mediante póliza anual 3537367. Tanto en este contrato como en el siguiente (4262290) fue pactado que el pago mensual de la prima se concretaría mediante débito en tarjeta de crédito Mastercard emitida por el Banco Patagonia, y de titularidad de S. A.

Según relataron los actores, en el primer año de la relación existió algún inconveniente con un puntual débito que impidió el descuento. Frente a tal suceso, la demandada comunicó a los A. la irregularidad “...y le envió el comprobante para su pago”. Ante ello el asegurado dijo haber pagado la cuota por uno de los medios alternativos habilitados, mientras que “...los meses sucesivos continuaba el débito automático de las primas en la tarjeta Mastercard. Aclaro, que no fue necesario activar nuevamente el débito, ni comunicarme con Banco Patagonia ni con Mastercard, ni tampoco con ATM para que el débito siguiera activo”.

Al igual que ocurrió con otra afirmación de los actores relacionada aquella vez con la cuota N° 4, la demandada tampoco negó la veracidad de los dichos de sus contrarios, lo cual no sólo permite tener por cierto el evento, sino considerar que lo ocurrido con posterioridad al débito rechazado, esto es el mantenimiento del sistema y la reanudación automática de los descuentos respecto de las nuevas mensualidades, constituía la solución habitual y regular del caso.

Cuanto menos esto es lo que sucedió en una situación similar, en el marco del mismo contrato y con la intervención de iguales protagonistas. Y no parece existir alguna diferencia que pudiera hacer creer a los actores que la consecuencia sería distinta.

Cabe recordar que una regla interpretativa de los contratos, que entiendo aplicable al caso a fin de conocer el alcance que las partes pudieron otorgar a ciertos hechos puntuales, la constituye la conducta asumida por los celebrantes en la etapa de ejecución del negocio (artículo 1065 CCiv y Com), “...pues se trata de actos propios, reveladores de su real intención, a veces más elocuente que las propias palabras... Ello configura una suerte de interpretación auténtica de lo contratado” (Alterini J.H., *Código Civil y Comercial Comentado - Tratado Exegético*, T. V, página 625).

Véase, además, que el Banco Patagonia, quien había emitido la tarjeta de crédito Mastercard utilizada para el pago, no brindó ninguna justificación que sustente el rechazo del débito y se limitó a señalar que tal circunstancia fue comunicada al titular de la tarjeta en la liquidación del mes de febrero de 2020, aunque, como ya dije, sin precisar la fecha en que habría sido enviado el resumen.

Va de suyo que esta escueta e insuficiente comunicación, plasmada en el resumen del mes de febrero, nada predicaba para el titular del plástico, que los nuevos vencimientos tampoco serían atendidos por el débito automático previsto. Máxime, como dije, cuando frente a una situación similar el sistema de débito automático no sufrió ninguna suspensión en punto a las cuotas ulteriores.

En el caso el Banco se limitó a informar en “Novedades” el rechazo del débito y sugerir al titular de la tarjeta ponerse en comunicación con el comercio para establecer otra vía de pago. Pero sin precisar, reitero, si tal alternativa se reducía a la cuota desatendida o a las nuevas que pudieran devengarse.

Como dije, tal precisión no fue la brindada por el Banco ni tampoco fue señalado siquiera que lo fuera por la aseguradora.

Como ya dije, el Banco omitió informar la razón del rechazo. Precisión que, quizás, hubiera permitido inferir al titular de la tarjeta, según la causa fuera permanente o sólo temporal, si el inconveniente pudiera afectar los futuros pagos. Reitero, sólo sugirió la entidad que el usuario se pusiera en comunicación con el comercio para acordar otra forma de pago, lo cual ya había sido instado por ATM por vía telefónica.

Es razonable entonces que, a tenor de lo sucedido en similar situación en el primer año de vigencia del seguro, el asegurado entendiera que el sistema de débito en tarjeta de crédito no se hubiera caído en forma definitiva, y que se mantenía operativo respecto de las cuotas subsiguientes.

Descuento que de ser rechazado, como ocurrió con la cuota N° 4, sólo hubiera sido conocido por los A. superados los 30 días desde su vencimiento (mediados de marzo de 2020), y cuando el siniestro ya hubiera ocurrido.

Sin embargo, la solución fue diametralmente distinta a la adoptada en el pasado frente a un anterior rechazo del débito, pues en lugar de mantener el sistema de débito o, en su caso, anunciar nuevamente la falta de pago y procurar que el cliente lo concretara por otras vías, cerró todos los caminos al rechazar el siniestro ocurrido días después del último pago.

Así la aseguradora varió inopinadamente la mecánica aplicada en casos similares: a) no procuró las gestiones necesarias para asegurar con el Banco Patagonia la prosecución del sistema de débito automático, ni instruyó a su asegurado para que realizara algún trámite con igual objetivo, de ser ello necesario; y b) ni siquiera comunicó al cliente el rechazo del débito como lo había hecho treinta días antes, frente al impago de la cuota N° 4.

Las particularidades descriptas justifican, a mi juicio, una solución propia.

El artículo 31 (primer párrafo) de la ley 17.418, establece que frente a la mora del asegurado en el pago de la prima, la aseguradora no es responsable del siniestro ocurrido antes del pago.

Congruente con esta disposición legal, la póliza que instrumentó el contrato de seguro estableció, en su cláusula CA CO 6.1, artículo 2, como ya fue adelantado, que la falta de pago del premio en las fechas establecidas, provoca la automática suspensión de la cobertura, la cual quedará rehabilitada a la 0 hora del día siguiente al de regularización de los pagos.

Sin embargo, los atípicos hechos que jalonaron el curso de la relación entre las partes, que en buena medida ya fueron descriptos, construyen un escenario que permite adoptar una solución con rasgos de excepcionalidad que tendrá su apoyo normativo en las reglas del derecho del consumidor y que permiten, en el caso, apartarse de la rígida solución legal que acabo de citar.

Ha dicho la doctrina que “...el contrato de consumo es el celebrado a título oneroso o gratuito entre un consumidor final (persona física o jurídica), con una persona física o jurídica como podría serlo, en este último caso, una empresa productora de bienes o prestadora de servicios, pública o privada, que actúen profesional u ocasionalmente y que tenga por objeto la adquisición, uso o goce de los mismos por parte del primero, para su uso personal, familiar o social” (Stiglitz R. en Stiglitz G. y Hernández C., *Tratado de Derecho del Consumidor*, T. II, página 849).

Uno de los sujetos del contrato de consumo es el consumidor final de bienes o usuario de servicios. En este punto, el autor citado aclara que este puede ser la persona individual o jurídica ubicada al agotarse el circuito económico, ya que pone fin, a través del consumo o del uso, la vida económica del bien o servicio.

Este es el criterio adoptado por nuestra ley al sostener que el consumidor o usuario es toda persona física o jurídica que adquiera o utiliza bienes o servicios en forma gratuita u onerosa “como destinatario final, en beneficio propio o de su grupo familiar o social (artículo 1, ley 24.240).

En el ámbito del negocio que aquí es analizado, el asegurado es el consumidor cuando contrata un seguro a título oneroso para destinarlo a su consumo final o al de su grupo familiar. Distinto el caso de las empresas aseguradas que contratan cobertura sobre bienes integrados a procesos de producción, transformación, comercializa-

ción o prestación a terceros que, por tal destino no puede considerarse que la asegurada sea consumidora final (Stiglitz R. en Stiglitz G. y Hernández C.; *obra citada*, T. II, página 850).

En el *sub judice* el contrato de seguro fue concertado por el señor A., con la empresa demandada que brinda tal servicio de manera profesional. Al concertar tal negocio como usuario o destinatario final de la moto amparada, el actor quedó encuadrado claramente en la calidad reglada por el artículo 1 de la ley 24.240, lo cual permite aplicar a este vínculo las reglas que gobiernan el derecho del consumidor.

Cabe destacar, además, que en momento alguno ni el actor ni la aseguradora, invocaron que el vehículo fuera utilizado en alguna labor productiva que permitiera integrar el uso de la moto dentro de un proceso productivo o de comercialización. De hecho, la póliza que es acompañada por ATM con su contestación de demanda, precisa en sus condiciones particulares que el rodado está destinado al “Uso: Particular”.

Va de suyo que la aplicación de las normas del Derecho del Consumidor a este negocio no excluye sino que se integra con la norma especial que rige al seguro (ley 17.418); con el alcance de ampliar el sistema de protección de usuarios y consumidores, debiendo aplicarse coordinadamente con los demás cuerpos normativos (Stiglitz R. en Stiglitz G. y Hernández C.; *Obra Citada*, T. II, página 857).

Dentro del régimen general constituye una regla básica del derecho de los contratos es que estos deben celebrarse, interpretarse y cumplirse acorde al principio de la buena fe, principio éste que fue impuesto y extendido con causa en las intensas modificaciones de la vida política, económica, jurídica y social, y que por ello opera en la actualidad como hecho, como valor, como modo de interpretación e integración (Piaggi, A., *Reflexiones sobre dos principios basilares del derecho: la buena fe y los actos propios*, publ. en *Tratado de la buena fe en el derecho*, ed. La Ley, Buenos Aires, 2004, pág. 107).

En el ámbito del contrato de seguro, este principio cobra una suprema relevancia.

Es que la buena fe es factor primordial en la relación de asegurador y asegurado. Si bien dicho principio gravita sobre todo el campo de los negocios jurídicos, respecto del seguro tiene preeminencia traducida en el recordado aforismo “*uberrimae bonae fidei*”. La exigencia de la buena fe se manifiesta en el seguro de manera extrema y hasta desconocida en los demás contratos, ya que se expresa de modo dominante en el llamado período precontractual cuando el asegurado todavía no lo es (CNCom Sala B, 30.6.1988, “Sucesión de Jorge Risso Patrón c/ Círculo Cerrado S.A.”, voto del Dr. Morandi; íd. Sala B, 2.7.1993, “Gorski, Roberto c/ Comercial Union Assurance s/ ordinario”; Stiglitz, R., *Derecho de Seguros*, T. I, página 604, Ed. Abeledo Perrot 2001).

Sin embargo, aun cuando la buena fe tiene un papel por demás trascendente al tiempo de la concertación del contrato, al punto que una declaración reticente del asegurado provoca la nulidad de aquel (artículo 5 ley 17.418), ello no importa restringir dicho estándar de conducta a tal etapa, pues este principio cabalga a lo largo de toda la relación negocial.

Véase que tanto el artículo 4 de la ley 24.240, como el 1100 del código civil y comercial requieren del proveedor una información detallada de las características de los bienes o servicios que provee, como también de las condiciones de comercialización y de toda otra circunstancia relevante para el contrato.

Es claro así que la ley exige del proveedor información “cierta y detallada” tanto al tiempo de contratar como durante la ejecución del negocio o servicio concertado. Va de suyo que la forma y metodología de pago debe enmarcarse dentro de las condiciones de comercialización.

Y en esta línea es útil también señalar que en el ámbito del derecho del consumidor, el deber de información, como expresión máxima de la actuación del principio de buena fe, adquiere en materia de defensa del consumidor el rango de derecho fundamental (expresamente en la CN 42), en tanto constituye una valiosa herramienta prevista para conjurar la superioridad económica-jurídica que generalmente detentan los proveedores (Hernández-Frustagli, *A diez años de la Ley de Defensa del Consumidor. Panorama Jurisprudencial* JA, 2003-IV-1541, citado por Picasso-Vázquez Ferreyra, *Ley de Defensa del Consumi-*

dor - Comentada y Anotada, T. 1, página 421; STJ Río Negro, 10.6.2021, “Agencia de Recaudación Tributaria de la Provincia de Río Negro –Departamento de Defensa del Consumidor- S- Cruz, Miguel Ángel c/ United Airlines s/ apelación”).

La información que el proveedor de bienes y servicios debe suministrar a su cliente o usuario, tiene que permitir que el consumidor, aún aquél carente de idoneidad, acceda a la comprensión integral de la implementación del contrato con sus consecuencias y efectos (CNCom Sala B, 5.8.2020, “Nieves, Javier Alberto c/ FCA SA de Ahorro para fines determinados y otro s/ sumarísimo”).

Frente a esta obligación del proveedor (en el caso la aseguradora), la jurisprudencia ha señalado que “...en materia de exclusión de cobertura por falta de pago no resulta arbitrario interpretar que la aseguradora, en cumplimiento del deber de información, dispuesto por el artículo 1100 CCyCN, debe avisar al consumidor que el cobro no había podido realizarse, en lugar de ampararse en la cláusula de mora automática, máxime si el pedido de pago al Banco no reviste una puntualidad extrema que pudiera hacer sospechar al consumidor de la falta de cobertura” (SCJ Mendoza, Sala 1, 25.8.2021, “Martín, María Esther c/ Zurich Argentina Cía., de Seguros S.A. p/ Daños Derivados de Contratos Cíviles y Comerciales P/ Recurso Extraordinario Provincial”; Lejister II-MMMLDIII-262).

Es que, como también lo refiere el mismo fallo, “... en el marco de un contrato de seguro, el proveedor de seguros debe informar toda circunstancia relevante al asegurado, como el hecho de que el pago, programado para debitarse automáticamente, ha sido rechazado o no ha sido ingresado por algún motivo, ello atento las graves consecuencias que esta circunstancia tiene para el asegurado, ya que puede importar una suspensión de la póliza contratada y una eximición de la responsabilidad asumida por el proveedor” (en igual sentido, CNCom Sala E, 28.12.2010, “Vicente, Alberto Feliciano c/ Caja de Seguros S.A. s/ ordinario”; Capel Civ. y Com. Morón, Sala II, 19.9.2019, “Salvatierra, Diego E. c/ Boston Compañía Argentina de Seguros S.A. s/ daños y perjuicios”; II – DCCCXXXIX - 956).

Información relevante que incluye, como en el caso omitió la aseguradora, hacer saber fehacientemente al usuario la metodología que debe seguir para pagar la cuota siguiente a la que no pudo ser abonada por el rechazo del débito automático pactado (CSJ Tucumán Sala Civil y Penal, 13.8.2004, “Cortés, Imer G. c/ La Caja de Seguros”, TR LaLey, 70019736). Es que el deber de actuar de buena fe no sólo se traduce en conductas negativas que excluyan conductas deshonestas, sino que también impone conductas positivas como es el deber de informar al consumidor toda “circunstancia relevante”, como aquella que podría afectar fatalmente a la cobertura como es la suspensión por falta de pago, en particular cuando tal desatención no se revela como una actitud del consumidor orientada a ignorar sus obligaciones.

Como ha dicho una Sala colega, “La buena fe exige a las partes recíproca lealtad y esta debe apreciarse objetivamente, aplicando a cada situación el criterio de lo que hubieran hecho dos partes honorables y razonables (cf. Messineo, F., *Doctrina General*, Tomo II, página 110)” (CNCom Sala F, 29.10.2019, “Buonanduci, Martín Darío c/ Citibank NA y otro s/ ordinario”).

A la luz de los principios enunciados, advierto que el rechazo de cobertura que la demandada sustentó en la falta de pago de la cuota N° 5 fue claramente impertinente. Aparece, a mi juicio, contraria a la buena fe e ignora una previa infracción de su parte a la obligación que como proveedor tiene de informar “circunstancias relevantes” al consumidor.

Pero además modifica unilateral y sorpresivamente, una pacífica conducta anterior y cierto *statu quo* en punto a la determinación de la mora en el pago de las cuotas de prima.

Resumiendo: a) comunicó por dos veces al asegurado (en vigencia de la póliza anterior y luego de la presente), el rechazo del débito de cierta cuota, y lo instruyó para que realice el pago, sin ninguna penalidad, por otra vía; conducta que no reiteró en punto a la cuota N° 5; b) tal comunicación, cuanto menos en relación a la cuota N° 4, se concretó al tiempo en que los fondos habitualmente ingresaban por débito en tarjeta de crédito (transcurrido aproximadamente un mes del vencimiento nominal), lo cual demuestra que para ambas partes el actor no se en-

contraba en mora, a pesar de haberse superado largamente la fecha de pago consignada en la póliza. Siguiendo la misma lógica, es evidente que a la fecha del siniestro el asegurado no había caído en mora; c) tampoco informó ATM al asegurado que el sistema de débito automático había caído en forma definitiva. Menos instruyó al señor A. sobre la nueva metodología a aplicar en el pago de las cuotas subsiguientes a la N° 4. Cabe recordar aquí que frente a idéntico suceso en el primer año del seguro, el sistema no fue afectado, lo cual pudo hacer creer al asegurado que lo mismo ocurriría al tiempo de abonar la cuota N° 5; d) de no conocer la aseguradora una eventual caída definitiva del sistema de débito automático, esta debió haber actuado de igual manera que lo hizo en similares situaciones anteriores. Debíó comunicar al señor A. el rechazo del débito de la cuota N° 5; actuación que debíó ser cumplida, como ocurrió en los dos casos anteriores, a la fecha en que habitualmente ingresaban los fondos. Momento que, conforme los pagos anteriores descriptos en el peritaje, habría ocurrido luego del siniestro.

Y cabe descartar aquí que el control del efectivo débito deba recaer en el asegurado, pues tal exigencia fue calificada por la jurisprudencia como abusiva y antifuncional (CNCom Sala C, 6.8.2010, “Gualco, Alba Clara y otro c/ Provincia Seguros S.A.”, LL online AR/JUR/39672/2010; CApel Civ. y Com. Morón, Sala II, 19.9.2019, “Salvatierra”, ya citado; SCJ Mendoza, Sala I, 25.8.2021, “Martín, María Esther”, ya citado).

Lo hasta aquí dicho justifica, a mi juicio, confirmar la solución de grado.

Resulta claro de la prueba producida y de los hechos referidos por los actores no desconocidos por la aseguradora, que los pagos se realizaban por débito en una tarjeta de crédito del coactor S. A., que los pagos ingresaban en ATM transcurrido el mes de vencida la cuota; que frente al rechazo del débito la aseguradora comunicó el hecho al asegurado, en las dos oportunidades reseñadas, instruyéndolo a que pague por otra vía, sin reclamar penalidad alguna ni suspendiendo la cobertura; que en la única oportunidad en que el contrato continuó vigente (luego del rechazo en el primer año de vínculo), el sistema de débito se mantuvo vigente sin que fuera menester ningún trámite de reactivación.

Es evidente entonces que el asegurado bien pudo entender que la cuota N° 5 sería abonada por el sistema de cobranza pactado, y que el ingreso de los fondos ocurriría alrededor del 12 de marzo, momento en que de no recibir la cuota, ATM le comunicaría el evento.

Recuerdo que en momento alguno el Banco Patagonia o la aseguradora expresaron las razones que justificaron el rechazo del débito. Obviamente, menos comunicaron a los actores las razones de tal evento, lo cual hubiera quizás permitido a los señores A. no sólo conocer el hecho sino tomar las precauciones para el futuro.

De todos modos, una vez más, recuerdo que la jurisprudencia ya citada impone a la aseguradora instruir a su cliente sobre la metodología que se aplicará a los nuevos pagos, luego de un rechazo del débito (CSJ Tucumán Sala Civil y Penal, 13.8.2004, “Cortés, Imer G.”, ya citada).

Y si alguna duda cupiera, cabe recordar que al tratarse de un contrato de consumo debe ser interpretado en el sentido más favorable al consumidor (art. 3 ley 24.240, 1094 y 1095 CCyCN; Lorenzetti, R., *Código Civil y Comercial de la Nación – Comentado*, T. VI, páginas 240/242 y 244/245; Heredia, P. y Calvo Costa, C., *Código Civil y Comercial - Comentado y Anotado*, T. IV, página 484 y siguientes).

Lo hasta aquí dicho justifica desestimar el recurso de ATM en punto a la condena a cumplir el contrato de seguro que lo vinculaba con S. A., que la apelante lo tituló “Falta de Legitimación Pasiva”.

2. Intereses:

Si bien la recurrente titula su segundo agravio como “referido a los intereses y costas”, en su breve desarrollo sólo enuncia algunas breves consideraciones relativas a los réditos que autorizó la sentencia en estudio.

Digo “breves consideraciones” pues luego de señalar que el fallo aplicó la tasa activa para todos los rubros, sin argumentación alguna sostuvo que debíó adicionarse una tasa pura hasta el pronunciamiento de primera instancia y sólo después la tasa bancaria.

De seguido se limitó a señalar que lo expuesto es criterio de varias Salas transcribiendo, de seguido, tres fallos que aquí lo expresaran.

Es de toda evidencia que este presunto agravio infringe claramente la regla prevista por el artículo 265 del código procesal, en tanto la recurrente no intenta siquiera desarrollar mínimamente algún argumento que justifique la premisa que postula.

De hecho, no ha cuestionado el *dies a quo* desde el cual fueron autorizados los intereses en punto a la condena con causa en el cumplimiento del contrato. Y aquel coincidió con el momento en que la demandada desatendió su prestación (“...desde la fecha en que debíó haber pagado la indemnización conforme disponen los arts. 46 y 49 de la ley 17.418...”), momento en que por incurrir en mora fue pertinente agregar réditos al capital de condena.

Tampoco nada dice respecto del resarcimiento por privación de uso que justifique alguna modificación.

Debíó brindar algún argumento que justificara la modificación propiciada, lo que en modo alguno concretó. Omisión que no es superada por la mera transcripción parcial de tres fallos, pues amén de no constituir la requerida crítica concreta y razonada, ni siquiera se sabe si los precedentes responden fácticamente al conflicto aquí debatido.

Lo expuesto justifica, también, la desestimación de este agravio.

3. Aplicación del artículo 730 CCyCN:

Es prematuro pronunciarme respecto de esta petición.

La sentencia de grado no mensuró siquiera los honorarios, lo que priva del elemento concreto sobre el que corresponda pronunciarse.

De todos modos, la cuestión adquirirá actualidad al tiempo de ejecutarse los emolumentos, en tanto será el tiempo de evaluar el límite que deba ser fijado respecto de “...la responsabilidad por el pago de las costas”.

b) Recurso deducido por Banco Patagonia

El tercero citado se agravíó de lo decidido en materia de costas.

La sentencia de grado las distribuyó en el orden causado respecto de los dos terceros convocados al juicio, mientras que el Banco recurrente postula que sean soportadas exclusivamente por los actores.

Tiene dicho reiteradamente esta Sala que carece de concreción el gravamen derivado de una imposición de costas sin regulación de honorarios (21.2.17, “Comcenter S.A. s/ quiebra s/ incidente de revisión promovido por la Fiscalía de Estado de la Provincia de Buenos Aires”; íd., 11.2.16, “Luna, Eduardo Herminio s/ quiebra”; íd., 27.8.15, “Talleres Metalúrgicos Miloz Gutiérrez s/ quiebra s/ incidente de revisión promovido por AFIP”; íd., 12.5.15, “Cabaña Agropecuaria del Zonda S.A. s/ quiebra s/ incidente de verificación de crédito promovido por AFIP”; íd., 21.4.15, “Petroquímica Argentina S.A. s/ concurso preventivo s/ incidente de revisión promovido por AFIP”; íd., 19.6.14, “Industrias Argentinas Man S.A. c/ Fronteras, Daniel E. y otros s/ ordinario”; íd., 12.7.12, “Lavorano, María Alejandra c/ Gonzalo First S.A. y otros s/ ordinario”; íd., 10.03.11, “Pedro y Antonio Lanusse S.A. s/ quiebra s/ incidente de ineficacia concursal promovido por Banco Francés del Río de la Plata S.A.”; 18.5.11, “Banco Santander Río S.A. c/ De La Parra, Daniel Enrique s/ ejecutivo”; íd., 16.03.10, “OSPLAD s/ concurso preventivo s/ incidente de prescripción promovido por la concursada al crédito de AFIP”; 17.02.10, “Brisanoff, Marcos Juan c/ Musto, María Laura y otro s/ ejecutivo”; 1.11.09, “Ledsen SRL s/ concurso preventivo s/ incidente de verificación promovido por AFIP”; 29.04.08, “Servi Grúas H. V. SRL c/ Braga, Rafael Gaspar y otro s/ ejecutivo”; entre muchos otros).

Por lo tanto, la cuestión recién resultará eventualmente susceptible de revisión en segunda instancia cuando sean fijados los honorarios profesionales, ya que cumplida esa necesaria condición podrá entonces decidirse con la ventaja de que la causa sea examinada integralmente (esta Sala, 19.6.14, “Industrias Argentina Man S.A. c/ Fronteras, Daniel y otros s/ ordinario”; íd., 17.2.14, “Sánchez, Jorge Luis s/quiebra s/incidente de verificación de crédito por Banco Hipotecario S.A.”).

Por ello corresponde diferir el tratamiento sobre la admisibilidad formal y eventual procedencia material del recurso deducido por el Banco Patagonia para el momento procesal oportuno.

III. Conforme lo hasta aquí expuesto propongo al Acuerdo que estamos celebrando, desestimar *in totum* el recurso deducido por ATM Compañía de Seguros S.A., e imponerle las costas de Alzada en su carácter de vencido (artículo 68 código procesal).

Diferir el tratamiento del recurso deducido por el Banco Patagonia S.A. hasta tanto sean regulados los honorarios de los profesionales intervinientes.

voto. [sic]

Los señores Jueces de Cámara *Pablo Heredia* y *Juan R. Garibotto* adhieren al voto que antecede.

IV. Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara *acuerdan*:

(a) Rechazar el recurso deducido por ATM Compañía de Seguros S.A. con el efecto de confirmar la sentencia en lo que a tal parte respecta.

(b) Imponer las costas de Alzada a la recurrente vencida.

(c) Diferir el tratamiento del recurso deducido por el Banco Patagonia S.A. hasta tanto sean regulados los honorarios de los profesionales intervinientes.

(d) Difiérase la regulación de honorarios hasta que sean fijados los de la instancia anterior.

(e) Notifíquese electrónicamente.

(f) Cúmplase con la comunicación ordenada por la Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas nº 15/2013 y 24/2013) y, oportunamente glósese copia certificada de lo aquí resuelto, y devuélvase la causa en su versión electrónica como en su soporte físico, de corresponder. – *Gerardo G. Vassallo*. – *Pablo D. Heredia*. – *Juan R. Garibotto* (Sec.: Horacio Piatti).

Nueva edición del Curso sobre Instituciones de Derecho de la Salud

El 3 de agosto de 2023 se inicia el dictado de una nueva edición del curso de posgrado "Instituciones del derecho de la salud" que se dicta en la Facultad de Derecho de la Pontificia Universidad Católica Argentina dirigido a abordar el sistema de salud argentino y sus tres subsistemas: Público, Semipúblico o de la Seguridad Social y el sector de Medicina Prepaga o Privado.

El curso adopta la modalidad virtual (zoom) y las clases sincrónicas se dictan los días jueves de 18,30 a 21 horas. La dirección del curso está a cargo de Jorge Nicolás Lafferriere y la Coordinadora es Sofía María Parra Senfet. Son profesores del curso en esta edición: María Cristina Cortesi, Martín Zambrano (H), Enriqueta Pearson, Juan Bautista Eleta, Javier Tuero, Daniela Zabaleta, María Elina Grecco, Daniel Bautista Guffanti, Anabella Spinelli y Lenin De Janon Quevedo.

Informes: federicoalorenzi@uca.edu.ar

Inscripción: <https://uca.edu.ar/es/cursos-de-educacion-continua/facultad-de-derecho/curso-de-posgrado-online/instituciones-del-derecho-de-la-salud-1>

El programa del curso es el siguiente:

- *La persona y los sistemas de salud*
- El derecho de la salud. La cuestión federal en la salud argentina.
- Subsistema de salud pública. Sistema Nacional del Seguro de Salud: introducción a obras sociales.
- Obras sociales.
- Ley 26.682. Marco regulatorio de medicina prepaga.

- Acceso equitativo en los sistemas de salud. Evaluación de tecnologías sanitaria. Marco normativo y proyectado. La cuestión de los medicamentos de alto costo y baja incidencia. Casos.

- Régimen jurídico de los medicamentos. ANMAT.
- Aproximación al problema de la salud de los trabajadores. Sistema de Riesgos del Trabajo.

- Asesoramiento jurídico de clínicas y sanatorios privados. Habilitaciones. Asesoramiento intrahospitalario en los actos médicos. Guías de buenas prácticas clínicas y error médico-mala praxis. Contratos con obras sociales y empresas de medicina, proveedores y médicos internos y externos (RR.HH.).

- *La relación médico-paciente. Reclamos administrativos y judiciales*

- Una aproximación a la bioética. Relación médico-paciente. Derechos y deberes de los pacientes. Cuestiones vinculadas con la toma de decisiones en salud. Los comités de bioética. Casuística y aplicación.

- Ley de Salud Mental.
- Derecho de las personas con discapacidad.
- Responsabilidad civil en temáticas de salud.
- Reclamos administrativos. Causas de judicialización en salud.

- Acciones de amparo y medidas cautelares. Generalidades. Últimas novedades en judicialización de la salud.

- Salud digital. Teleconsulta. Protección de datos personales de salud. Historia clínica electrónica.

- La prestación del servicio de salud postpandemia. Consecuencias bioéticas: la justicia distributiva y conmutativa.

www.centrodebioetica.org

27 de julio de 2023



CURSO DE POSGRADO

INSTITUCIONES DEL DERECHO DE LA SALUD

INICIO 3 DE AGOSTO DE 2023 **FINALIZACIÓN 7 DE DICIEMBRE DE 2023**

DIRECTOR
Jorge Nicolás Lafferriere

COORDINADORA
Sofía María Parra Senfet

CONTACTO
✉ federicoalorenzi@uca.edu.ar

 **MODALIDAD**
Virtual (Zoom)

 **DURACIÓN**
45 h

 **CURSADA**
Jueves de 18:30 a 21:00 h