



EL DERECHO

Director:

Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Martín J. Acevedo Miño

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

JURISPRUDENCIA

Bioética:

Trasplante de órganos: personas no encuadradas en el art. 15 de la ley 24.193; autorización judicial; interpretación sistemática; derecho a la vida, a la salud y a la integridad física. **Trasplante de Órganos Humanos:** Ausencia de parentesco: cumplimiento de los requisitos formales e instancias procedimentales; finalidad de la ley; gratuidad; fin de lucro; nulidad del acto; derecho a donar; carácter personalísimo; solidaridad y altruismo; art. 17 del cód. civil y comercial.

NF Con nota a fallo

1 – La taxatividad con la que está enunciada la norma contenida en el art. 15 de la ley 24.193 debe entenderse referida

a los casos en que el contralor del procedimiento está a cargo y se realiza por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien goza de las funciones y responsabilidades previstas en este régimen especial (arts. 3º, 9º, 43, sigs. y concs., ley 24.193) que por el art. 61 se asignan al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (INCUCAI) y que en Entre Ríos se otorgan al Centro Único de Coordinación de Ablación e Implante de Entre Ríos (CUCAIER), conforme el art. 1º de la ley 9954.

2 – En casos como el presente, en que se requiere la intervención de la Justicia por no configurarse el supuesto normativamente contemplado en el art. 15 de la ley 24.193, se impone recurrir a una interpretación sistemática que permita desentrañar la finalidad de la ley en su integridad, reconociendo vigencia tanto al art. 15 como al 56 de la ley referida.

3 – Cuando no se dan las condiciones legales previstas en el art. 15 de la ley 24.193, cuyo control y procedimiento la norma reserva a las instituciones administrativas, debe recurrirse a la acción judicial civil, regulada en los arts. 56 de la ley nacional y 23 de la ley 9954 de la Provincia de Entre Ríos, porque, si no se atendiera a este principio interpretativo, la admisión de soluciones disvaliosas (pérdida de la vida, inca-

NUEVO CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Análisis doctrinarios, comentarios y apostillas

pacidad permanente, etc.) no sería compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial, siendo la propiciada la solución que más se ajusta a la razonabilidad y congruencia con el sistema en el que está inserta la norma. En este sentido, es sabido que el invocado derecho a la vida, a la salud y a la integridad física están subyacentes en la regulación legal específica, porque ninguna otra puede ser la interpretación que se le asigne al régimen que autoriza las prácticas de trasplantes entre personas vivas, y estos derechos, que en nuestro país y en nuestra provincia tienen reconocimiento constitucional, no pueden verse cercenados en su ejercicio por una supuesta limitación infraconstitucional en cuanto a las personas entre quienes puede ser realizada esta práctica médica.

4 – Al haberse cumplimentado todos los requisitos formales (donante y receptor mayores de edad; necesidad del tras-

Medida autosatisfactiva de autorización de ablación de órganos a donante vivo no relacionado

por SILVIA MARRAMA (*)

Sumario: 1. INTRODUCCIÓN. – 2. COMPETENCIA Y TRÁMITE. – 3. CUESTIONES BIOÉTICAS. 3.1. INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ART. 15 DE LA LEY 24.193. 3.2. CONSENTIMIENTO INFORMADO. 3.3. ABLACIÓN DE RIÑÓN. – 4. CONCLUSIÓN.

NOTA DE REDACCIÓN: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en EL DERECHO: *El nuevo concepto "fuerte probabilidad" como recaudo de las medidas autosatisfactivas y su proyección hacia un nuevo principio general de derecho*, por CARLOS A. CARBONE, ED, 180-1193; *Un segundo hito jurisprudencial de bienvenida a la medida autosatisfactiva*, por JORGE W. PEYRANO, ED, 191-463; *Trasplantes de órganos entre la autonomía y la justicia: el consentimiento presunto*, por ARMANDO S. ANDRUET, ED, 211-641; *El valor y la relevancia de la decisión de los familiares del difunto en orden a la ablación de órganos*, por ANTONIO ARMANDO AMARANTE, ED, 221-809; *En torno a la caracterología de las medidas autosatisfactivas*, por FRANCISCO JUNYENT BAS y CANDELARIA DEL CERRO, ED, 232-712; *Trasplantes de órganos y tejidos. Aspectos relevantes*, por LUZ MARÍA PAGANO, ED, 246-847. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

1 Introducción

La ley 24.193 de Trasplantes de Órganos y Materiales Anatómicos, modificada por las leyes 25.281, 26.066 y 26.326, regula en el Capítulo V los actos de disposición de órganos o materiales anatómicos provenientes de personas y en el art. 15 establece para los donantes el requisito del parentesco o convivencia "de tipo conyugal" (es decir, en los términos del Código Civil y Comercial, una unión convivencial), solamente exceptuado para los casos de donación de médula ósea.

El juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de Concordia, provincia de Entre Ríos, resolvió

(*) Abogada-mediadora, doctora en Ciencias Jurídicas, magíster en Desarrollo Humano, profesora superior en Abogacía, especialista en Derecho Tributario. Miembro del Instituto de Bioética de la Academia Nacional de Ciencias Morales y Políticas. marramasilvia@gmail.com.

el 13 de diciembre de 2016⁽¹⁾ zanjar la mentada restricción legal y autorizar la ablación de un riñón para trasplante entre dos personas no relacionadas por un vínculo de parentesco.

El fallo no es novedoso a nivel nacional, ya que en sentido similar se han dictado diversas sentencias⁽²⁾, pero resulta interesante su lectura y análisis atento a algunas particularidades que reviste.

2 Competencia y trámite

La sentencia bajo análisis fue dictada por el juez a cargo del Juzgado Civil y Comercial N° 3 de la ciudad de

(1) Juzgado Civil y Comercial N° 3 de Concordia, "B., O. A. y V., N. G. s/medida autosatisfactiva" (Expte. N° 5982), 13-12-16.

(2) Cfr. Juzgado Federal de Rosario N° 1, 11-3-04, "S., E. D. s/ ley 24.193", ED, 207-300; CApel.CC San Isidro, sala II, 21-2-06, "S. de P., T. B. s/trasplante de órgano - ley 24.193 (causa 100.417)", El Derecho Digital (45851); C1°CC San Isidro, sala II, 21-2-06, "S. de P., T. B. s/trasplante de órgano ley 24.193 (causa 100.417)", ED, 218-213; Juzgado Federal en lo Civil y Comercial N° 1, firme, 18-10-06, "B., M. s/sumarísimo. Ley 24.193", ED, 225-253; Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 5, 30-7-12, "M., S. s/sumarísimo ley 24.193", ED, 249-402; Juzgado Civil y Comercial, 16° nominación Córdoba, 4-11-16, "D., M. G. s/ablación/implante de órganos", El Derecho Digital (90068), entre otros.

CONTENIDO

NOTA

Medida autosatisfactiva de autorización de ablación de órganos a donante vivo no relacionado, por Silvia Marrama..... 1

JURISPRUDENCIA

COMERCIAL

Fianza: Prescripción respecto del acreedor: plazo aplicable. Código Civil y Comercial: Vigencia temporal: plazos de prescripción (CNCom., sala D, noviembre 22-2016)..... 5

PROVINCIA DE CORRIENTES

Bioética: Trasplante de órganos: personas no encuadradas en el art. 15 de la ley 24.193; autorización judicial; interpretación sistemática; derecho a la vida, a la salud y a la integridad física. **Trasplante de Órganos Humanos:** Ausencia de parentesco: cumplimiento de los requisitos formales e instancias procedimentales; finalidad de la ley; gratuidad; fin de lucro; nulidad del acto; derecho a donar; carácter personalísimo; solidaridad y altruismo; art. 17 del cód. civil y comercial (Juzgado Civil y Comercial N° 3, Concordia, diciembre 13-2016)..... 1

OPINIONES Y DOCUMENTOS

La importancia de la asesoría jurídica en las curias diocesanas, por Jorge Antonio Di Nicco..... 8

plante de riñón; centro médico y profesionales encargados de realizar la práctica médica inscriptos en los organismos nacionales competentes; trámite llevado a cabo de manera gratuita), no existir ningún indicio o sospecha de que el ofrecimiento de la dadora encuentre fundamento en haber recibido o tener la promesa de recibir algún tipo de contraprestación material (económica o no), haberse cumplido las instancias procedimentales previstas en la ley nacional y en la provincial de Entre Ríos, y teniendo en consideración que la limitación que emana del art. 15 de la ley 24.193 procura evitar operaciones que se funden en ánimos lucrativos o ajenos a los principios de solidaridad que la ley protege, ya que lo que se intenta proteger—que son los lazos de solidaridad y afecto entre las personas— en el caso está acreditado, corresponde concluir que la ausencia de vínculo parental consanguíneo o colateral entre los peticionantes no es óbice para la procedencia de la autorización para realizar ablación y trasplante de un riñón.

5 – La ley de trasplante establece la gratuidad como requisito sine qua non del acto dispositivo de dación de órganos que configura un acto jurídico extrapatrimonial unilateral, gratuidad que protege mediante la tipificación de un delito penal.

6 – La admisibilidad de la obtención de ciertas piezas anatómicas del otorgante en vida encuentra una postura legislativa y doctrinaria claramente restrictiva, al considerar únicamente lícitos ciertos actos productos del altruismo y el amor, sin que resulte, por el contrario, viable una enajenación a título oneroso, en cuya causa (motivo) existe un fin de lucro con ausencia del humanitario. Un contrato de esta índole es nulo, de nulidad absoluta.

7 – La contracara de la comercialización, la donación, es vista como una expresión de altruismo y generosidad. Ese derecho a donar es considerado como un derecho personalísimo, y como tal, inherente al hombre, extrapatrimonial, necesario, vitalicio, no enajenable e intransferible. No es ético comerciar sobre el honor, la dignidad, la intimidad, ni la integridad física, ni es lícito negociar la libertad del ser humano. Sin embargo, cierta parte de la doctrina no recurre a la gratuidad como fundamento, sino al principio de la “solidaridad” que reemplaza a la gratuidad, porque el carácter cancelatorio de la carga o precio está sustituido por un fundamento de moral superior basada en la vida del hombre, en la salvación del moribundo o en el evitar un sufrimiento terminal que apaga lentamente el vivir. La ley, al admitir la ablación y el trasplante entre vivos, se fundamenta en la “solidaridad familiar”.

8 – La gratuidad no es un valor esencial en cuanto se trata de la obtención de ciertas piezas anatómicas del otorgante en vida, sino la solidaridad y el altruismo. La gratuidad y desinterés material en quien dona un órgano o parte de él viene por añadidura de aquellos valores humanos incommensurables.

9 – Del análisis del art. 17 del cód. civil y comercial se concluye que el valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad). En el caso, en que se pretende obtener autorización judicial para realizar ablación y trasplante de un riñón entre personas vivas, sorteando

la prohibición genérica determinada por la Ley Nacional de Trasplantes de Órganos 24.193 por carecer del vínculo parental que determina dicha ley, no puede negarse que el valor de la práctica médica en cuestión tiene una clara finalidad terapéutica y, además, afectiva y humanitaria. M.M.F.L.

59.404 – Juzgado Civil y Comercial N° 3, Concordia, diciembre 13-2016. – B., O. A. y V., N. G. s/ medida autosatisfactiva.

Concordia, 13 de diciembre de 2016

Visto:

Las presentes actuaciones caratuladas “B., O. A. y V., N. G. s/ Medida Autosatisfactiva” (Expte. N° 5982), venidas a despacho para dictar sentencia, de las que

Resulta:

I. En fecha 01.12.2016 y mediante escrito de fojas 12 a 18, comparecen en forma conjunta los señores O. A. B. –D.N.I. N° ...– y N. G. V. –D.N.I. N° ...–, ambos con el patrocinio letrado de la Dra. María Paula Buktenica, y promueven acción de tipo sumarísima y urgente, solicitando se le imprima el trámite de medida autosatisfactiva, con la finalidad de obtener autorización judicial para realizar ablación y trasplante de un riñón de la señora V. a favor del señor B., sorteando la prohibición genérica determinada por la Ley Nacional de Trasplantes de Órganos N° 24.193, por carecer del vínculo parental que determina dicha Ley, cirugía a practicarse en la Clínica “La Entrerriana” de la ciudad de Paraná.

Sostienen que el artículo 15 de la Ley 24.193 establece que “sólo estará permitida la ablación de órganos o te-

Concordia, provincia de Entre Ríos. El art. 64, inc. ñ), de la ley provincial 6902 (Ley orgánica del Poder Judicial, ratificada por ley 7504) establece que los Juzgados de Familia son competentes para conocer y resolver toda cuestión que se suscite con posterioridad al deceso de una persona sobre disponibilidad de un cuerpo o alguno de sus órganos.

Sin perjuicio de ello, la ley provincial entrerriana 9954 (que adhiere a la nacional 24.193) regula en su Capítulo III los actos de disposición de órganos y tejidos cadavéricos y dispone en su art. 23 que “toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos, células hematopoyéticas o tejidos, será competencia del Juzgado en lo Civil y Comercial en turno correspondiente al domicilio del actor”.

Debe entenderse, conforme a lo dispuesto en los arts. 2°, 5° y 7° del cód. civil y comercial, que la ley provincial 9954, posterior a la ley provincial 6902 y específicamente referida a trasplante de órganos, deroga el inc. ñ) del art. 64 de la Ley orgánica del Poder Judicial.

Ninguna de las leyes provinciales mencionadas se refiere expresamente a actos de donación de órganos de personas (donantes vivos) –más allá de la remisión por adhesión a la ley nacional–, sino solo a actos de disposición de órganos y tejidos cadavéricos, con excepción del art. 8° de la ley provincial 9954, que prevé el régimen de licencia para los trabajadores que donen órganos.

La ley nacional 24.193 se refiere a los donantes vivos en el Capítulo V y en el art. 15 los limita a quienes tengan con el receptor un vínculo de parentesco o una unión convivencial, con excepción de las donaciones de médula ósea.

La doctrina debate si la misma ley nacional 24.193 en su art. 56 prevé el trámite de autorización judicial para salvar el requisito establecido por el art. 15 de la ley 24.193 respecto del vínculo de parentesco o unión convivencial entre dador y receptor, o bien si la excepción por vía jurisprudencial no fue prevista por el legislador.

Más allá de la discusión doctrinaria, el supuesto del caso bajo análisis encuadra en las previsiones del art. 56, que se refieren a “toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones extrapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos o materiales anatómicos”, que establece para el fuero federal un procedimiento especial que detalla.

El juez entrerriano Dr. Ponce, que dictó sentencia en el caso bajo análisis, entendió que “el presente supuesto trata de un pedido de autorización por no estar encuadrada

en los términos del artículo 15 de la ley, y al no existir vínculo de parentesco, que legalmente lo habilitaría, deben recurrir a criterios de interpretación para desdeñar la finalidad de la ley en su integridad, teniendo en cuenta el artículo 56 de la misma”.

Conforme a la urgencia que generalmente revisten los casos de trasplante de órganos y a que se encuentra en juego el derecho fundamental a la salud, el procedimiento previsto en el art. 23 de la ley provincial 9954 es el sumarísimo.

El caso bajo análisis fue presentado ante los estrados de la justicia como una medida autosatisfactiva. Sostiene GUILLERMO PEYRANO que el carácter típico de las “medidas autosatisfactivas” es proporcionar soluciones jurisdiccionales “urgentes” y “definitivas”, en los casos cuya respuesta no admite dilaciones ni son susceptibles de ser sometidos a los avatares temporales que implican los debates judiciales⁽³⁾.

El remedio procesal de la medida autosatisfactiva se basa en la tutela judicial efectiva, definida por la doctrina como el derecho de hacer valer el propio derecho⁽⁴⁾. La Constitución de la Provincia de Entre Ríos garantiza el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva en su art. 65: “La Provincia asegura la tutela judicial continua y efectiva, el acceso irrestricto a la justicia (...) Los actos de autoridad, las sentencias judiciales y los actos administrativos serán fundados suficientemente y decididos en tiempo razonable. El retardo en dictar sentencia y las dilaciones indebidas, cuando sean reiteradas, constituyen falta grave”.

Al respecto, sostiene el Dr. Ponce en el consid. I: “En cuanto al tipo de proceso, no obstante que la norma transcrita prevé que sea el sumarísimo, el presente ha sido adecuado a las especiales cuestiones ventiladas, a la particular vía elegida por las partes y a la regulación del ordenamiento nacional (art. 56 y ss. de la ley 24.193)”. Ello así, ordena, una vez dictado el proveído inicial, fijar una audiencia a los fines dispuestos por el art. 56 de la ley 24.193, a la que se citó a las partes, al médico forense, al médico psiquiatra, a la asistente social y al agente fiscal en turno. Luego de celebrada, corrió vista al Ministerio Público Fiscal y dictó la sentencia aquí analizada.

(3) Cfr. PEYRANO, JORGE W., *Los nuevos ejes de la reforma procesal civil*, en la obra colectiva del Ateneo de Estudios del Proceso Civil *Sentencia anticipada [despachos interinos de fondo]*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2000.

(4) BERIZONCE, ROBERTO O., *Fundamentos y confines de las tutelas procesales diferenciadas*, en *Revista de Derecho Procesal*, año 2008-II, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 2008, t. 1, pág. 39.

3 Cuestiones bioéticas

3.1. Interpretación sistemática del art. 15 de la ley 24.193

Luego de analizar el cumplimiento de las exigencias formales de procedencia de la acción (donante y receptor mayores de edad; necesidad del trasplante de riñón; centro médico y profesionales encargados de realizar la práctica médica inscriptos en los organismos nacionales competentes; trámite llevado a cabo de manera gratuita y haberse cumplido las instancias procedimentales previstas en la ley nacional y en la provincial), el Dr. Ponce se adentra en la consideración de la viabilidad de la autorización pretendida, en particular, en atención a la ausencia de toda vinculación parental entre donante y receptor.

Al respecto, sostiene que “la taxatividad con la que está enunciada la norma debe entenderse referida a los casos en que el contralor del procedimiento está a cargo y se realiza por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien goza de las funciones y responsabilidades previstas en este régimen especial (arts. 3°, 9°, 43, sigtes. y ccdtes. de la ley 24.193), que por el art. 61 se asignan al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (IN-CUCAI) y que en Entre Ríos se otorgan al Centro Único de Coordinación de Ablación e Implante de Entre Ríos (CUCAIER), conforme el art. 1° de la ley 9954. En casos como el presente, en que se requiere la intervención de la Justicia por no configurarse el supuesto normativamente contemplado, se impone recurrir a una interpretación sistemática que permita desentrañar la finalidad de la ley en su integridad, reconociendo vigencia tanto al art. 15 como al 56 de la ley 24.193 (...) Porque si no se atendiera a este principio interpretativo, la admisión de soluciones desvaliosas (pérdida de la vida, incapacidad permanente, etc.) no sería compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial, siendo la propiciada la solución que más se ajusta a la razonabilidad y congruencia con el sistema en el que está inserta la norma” (cfr. consid. II).

El fundamento del requisito establecido por el art. 15 de la ley 24.193 se encuentra en el art. 27, inc. f), que prohíbe “toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermedicación con fines de lucro”. En este sentido, el agente fiscal dictaminó en los autos *sub examine* “que la limitación que emana del art. 15 de la ley 24.193 procura evitar operaciones que se funden en ánimos lucrativos o ajenos a los principios de solidaridad que la ley protege”.

jididos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho (18) años, quien podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea su pariente consanguíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge, o una persona que, sin ser su cónyuge, conviva con el donante en relación de tipo conyugal no menos antigua de tres (3) años, en forma inmediata, continua e ininterrumpida. Este lapso se reducirá a dos (2) años si de dicha relación hubieren nacido hijos. En todos los casos será indispensable el dictamen favorable del equipo médico a que se refiere el artículo 3º...”; que se observa que la norma delimita los casos a ciertas relaciones entre dador y receptor y al dictamen favorable del médico registrado y habilitado al efecto por la autoridad de contralor jurisdiccional en la esfera administrativa; que conforme a la doctrina y jurisprudencia aplicable, cuando el artículo citado prevé que sólo estará permitida la ablación con fines de trasplante en los casos que taxativamente menciona, lo hace refiriéndose a aquellos casos en que el contralor y el procedimiento está a cargo y se realiza por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien debe controlar desde la idoneidad del equipo tratante hasta el archivo del acta que fuera labrada en esa sede y que es copia de la que fuera remitida a la autoridad de contralor administrativa; que el presente supuesto trata de un pedido de autorización por no estar encuadrada en los términos del artículo 15 de la ley, y al no existir vínculo de parentesco, que legalmente lo habilitaría, deben recurrir a criterios de

interpretación para desdeñar la finalidad de la Ley en su integridad, teniendo en cuenta el artículo 56 de la misma.

Reseñan jurisprudencia y normativa suprallegal referida al derecho a la salud y a la vida de las personas; dicen que fuera de los casos previstos en el artículo 15 de la Ley 24.193 –sujeto a la jurisdicción administrativa– el pedido de autorización de una ablación e implantación de órganos entre sujetos vivos debe ser tratada en sede judicial, con el cumplimiento de los requisitos exigidos por la ley: gratuidad del acto, acto voluntario del dador, consentimiento informado del dador y el receptor y las especificaciones médicas; que la donación de un órgano representa un gesto de altruismo y generosidad, por lo que la Ley de Trasplantes establece como un requisito ineludible la gratuidad del acto.

Plantean que el señor O. A. B. padece insuficiencia renal crónica, detectada en el año 2008, a causa de un problema de hipertensión arterial de varios años de evolución; que la insuficiencia se manifestaba en el mes de octubre del 2007 mediante edemas, pérdida de peso, náuseas, vómitos, anorexia y disnea; que la enfermedad se desarrolla en ambos riñones, produciendo la pérdida total de la función renal; que B. comenzó a dializarse en el año 2008 hasta que en fecha 10.05.2009 se le realizó un trasplante con donante cadavérico, que mejoró su calidad de vida y mantuvo su función hasta comienzos del 2015; que desde el 02.02.2015 debió volver a diálisis por fallo generalizado del órgano trasplantado; que la situación de

Cabe destacar que tan preocupante es el tema del comercio de órganos en nuestro país que la ley nacional 26.364 de Prevención y Sanción de la Trata de Personas y Asistencia a sus Víctimas considera explotación la extracción ilícita de órganos o tejidos humanos (cfr. art. 4º, inc. d)), aun cuando existiere asentimiento de la víctima (cfr. art. 2º *in fine*).

En el caso, el juez encontró acreditado un lazo de solidaridad y afecto entre donante y receptor y no encontró ningún indicio o sospecha de que el ofrecimiento de la dadora se fundase en haber recibido o tener la promesa de recibir algún tipo de contraprestación material (económica o no), de lo cual coligió que la ausencia de vínculo parental consanguíneo o colateral entre ellos “no es óbice para la procedencia de la autorización peticionada”.

Fundado en la distinción efectuada por el juez Nobili *in re* “M., S. s/ sumarísimo ley 24.193”⁽⁵⁾ entre gratuidad y solidaridad, sostiene con acierto el magistrado Ponce que “la gratuidad no es un valor esencial en este tipo de prácticas, sino la solidaridad y el altruismo. La gratuidad y desinterés material en quien dona un órgano o parte de él viene por añadidura de aquellos valores humanos incommensurables”. Citando el art. 17 del cód. civil y comercial de la Nación, que se refiere –entre otros– al valor terapéutico de los derechos sobre el cuerpo humano y sus partes, concluye que “en nuestro caso, no puede negarse que el valor de la práctica médica cuya autorización se peticiona, tiene una clara finalidad terapéutica y, además, afectiva y humanitaria”.

Teniendo en miras el fundamento normativo de la restricción establecida por el art. 15 de la ley 24.193, coincidimos con PUCHETA⁽⁶⁾ cuando afirma que, sentencias como la analizada en estas líneas, deben interpretarse como “una excepción dictada por el tribunal para este caso concreto, en lo que constituiría una aplicación de la equidad como rectificación de lo estrictamente justo legal”.

3.2. Consentimiento informado

El art. 13 de la ley establece el deber de los jefes y subjefes de los equipos médicos intervinientes de informar a cada paciente (dador y receptor) y su grupo familiar (si correspondiere –cfr. art. 21– y, en caso del donante vivo, previa autorización suya), “de manera suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante –según sea el caso–, sus secuelas físicas y psíquicas, ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como de las posibilidades de mejoría que, verosímelmente, puedan

(5) Juzgado en lo Civil y Comercial Federal N° 5, 30-3-12, “M., S. s. sumarísimo ley 24.193”, ED, 249-402.

(6) PUCHETA, LEONARDO L., *Donación de órganos entre vivos: ¿nueva conquista de la autonomía de la voluntad?*, ED, 250-1016, 2012.

resultar para el receptor”. Como señala PAGANO⁽⁷⁾, se trata de la información necesaria para que las partes puedan “expresar un consentimiento idóneo para acceder o negarse a la práctica de ablación o implante”.

El consentimiento informado se encuentra regulado en el Capítulo III de la ley nacional 26.529⁽⁸⁾ de Derechos del Paciente en su Relación con los Profesionales e Instituciones de la Salud. El art. 10 prevé expresamente la posibilidad de su revocación y en su párr. 2º hace referencia a la revocación por parte de las personas mencionadas en el art. 21 de la ley 24.193.

Más allá de las disposiciones legales, la decisión del donante vivo es siempre revocable, pues ello surge de la propia naturaleza extrapatrimonial del acto dispositivo. A su vez, la retractación del dador no genera obligación de ninguna clase. Por lo tanto, no podrá ser demandado por los daños y perjuicios que sufriera el eventual receptor⁽⁹⁾.

Acertadamente, la sentencia analizada garantiza –en el punto 3) del fallo– a la donante su derecho de “retractarse y revocar su consentimiento para el trasplante que aquí se autoriza hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, sin formalidad alguna (art. 15, inc. 5º de la ley 24.193)”.

Por otra parte, nada dispone la sentencia respecto de la revocación del consentimiento por parte del receptor del órgano. Sin embargo, resultan aplicables las disposiciones del art. 2º, inc. e), de la ley 26.529: “El paciente tiene derecho a aceptar o rechazar determinadas terapias o procedimientos médicos o biológicos, con o sin expresión de causa, como así también a revocar posteriormente su manifestación de la voluntad” (cfr. en el mismo sentido el art. 10).

3.3. Ablación de riñón

El órgano cuya ablación se autorizó en el caso bajo análisis se encuentra comprendido entre los autorizados para personas vivas por el inc. a) del art. 14 del decreto reglamentario 512/95, en tanto no se trata de un órgano vital o único cuya ablación ocasionaría indefectiblemente la muerte del donante, atento a que en nuestro país no se admite la llamada “donación heroica”.

(7) PAGANO, LUZ M., *Trasplantes de órganos y tejidos. Aspectos relevantes*, ED, 246-847, 2012.

(8) Cfr. LAFFERRIÈRE, JORGE N., *Los derechos del paciente y el consentimiento informado en la ley 26.529*, EDLA, 2010-A-1071. MARRAMA, SILVIA, *Ley nacional 26.529: interpretación, análisis crítico y propuestas de reforma*, ED, 245-881, 2011. MARRAMA, SILVIA, *La ley 26.742 y su interpretación a la luz de un reciente fallo de la Corte Suprema de Justicia de la Nación*, ED, 248-802, 2012.

(9) Cfr. BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, MARÍA T. - BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V., *Trasplantes de órganos. Entre personas. Con órganos de cadáveres*, Buenos Aires, Hammurabi, 1983, pág. 102. Cit. por PAGANO, LUZ M., *Trasplantes de órganos...*, cit.

FONDO EDITORIAL

Novedades 2017



MAXIMILIANO N. G. COSSARI

Prevención y punición en la responsabilidad civil

ISBN 978-987-3790-45-4
241 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

diálisis se mantiene hasta hoy, con una frecuencia de tres veces por semana, y la única solución para la enfermedad es someterse a un trasplante de riñón; que la alternativa de donante cadavérico es remota y muy difícil por tener grupo sanguíneo B factor RH (+), que es de baja existencia en

Al respecto, existió un proyecto⁽¹⁰⁾ de autoría de los diputados Argüello y Varela de modificación de la ley de trasplantes, que pretendía introducir un párrafo que rezaba: “Si fuese mayor de 21 años y el receptor fuese su descendiente directo, biológico o adoptivo, podrá solicitar la ablación, aun cuando esta importe su imposibilidad de sobrevivir a la misma”.

En el caso aquí analizado, más allá de la permisión reglamentaria (cfr. inc. a) del art. 14 del decreto reglamentario 512/95) de ablación del riñón, no se acreditó que a la dadora el acto de ablación no le causase un grave perjuicio a su salud (cfr. art. 14, ley 24.193), atento a que las partes manifestaron que aquellos estudios médicos se realizarían una vez obtenida la autorización judicial. Y si bien existe un dictamen del médico forense, agregado en autos, la sentencia solo transcribe la parte referida al receptor del órgano.

Pero resulta imprescindible contar con un dictamen médico favorable no solo respecto de la indicación terapéutica de trasplante al receptor, sino también acerca de los riesgos a los que se enfrenta el dador⁽¹¹⁾.

Entiendo que la acreditación del requisito del art. 14 de la ley 24.193 –omitida en el caso analizado respecto de la salud de la donante– no queda salvada por la posibilidad que ella tiene de revocar su consentimiento informado (cfr. punto 3) del fallo).

4 Conclusión

La finalidad de las restricciones del art. 15 de la ley 24.193 tiene en miras tutelar la dignidad de las personas evitando el comercio de órganos. Por ello, no coincido con la postura doctrinaria que propugna la ampliación legislativa de la nómina de donantes, incluyendo en el primer párrafo del art. 15 las relaciones de amistad. Considero que casos como el presente deben continuar tramitando por ante la Justicia y que debe acreditarse en el caso concreto que no existen indicios que permitan presumir la existencia de un contrato oneroso o ventaja patrimonial para el donante, sino que su móvil es la solidaridad.

VOCES: TRASPLANTE DE ÓRGANOS - BIOÉTICA - DERECHO - DERECHOS HUMANOS - MEDIDAS PRECAUTORIAS - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(10) Cfr. SUBCOMISIÓN DE BIOÉTICA, *La donación heroica*, Revista del Colegio de Médicos de Santa Fe, circunscripción II, 44, 1992:8-10. Citado en CECCHETTO, SERGIO, *Doctrina promiscua*, Mar del Plata, Ediciones Suárez, 2003, págs. 52/53. Cit. por PAGANO, LUZ M., *Trasplantes de órganos...*, cit.

(11) Cfr. BERGOGLIO DE BROUWER DE KONING, MARÍA T. - BERTOLDI DE FOURCADE, MARÍA V., *Trasplantes de órganos...*, cit., pág. 141. Cit. por PAGANO, LUZ M., *Trasplantes de órganos...*, cit.

la población; que ante dicha dificultad y el ofrecimiento solidario de la donante, vienen a promover esta acción.

A continuación, se expiden sobre los requisitos exigidos por la Ley 24.193 (gratuidad del acto, acto voluntario del dador, consentimiento informado del dador y el receptor y las especificaciones médicas), y aclaran que el Dr. M. Á. A., jefe del equipo de trasplante renal del Sanatorio “La Entrerriana” de Paraná, ha manifestado que B. se encuentra en condiciones para recibir un órgano de otra persona viva o cadavérica y que los estudios definitivos se realizarán una vez obtenida la autorización judicial; que lo mismo sucede respecto de la señora V., por lo que no se han efectuado los estudios pertinentes a los efectos del trasplante, los que se llevarán a cabo luego de otorgada la autorización judicial.

Declaran que, en el caso, no existe comercio de órganos y que a la donante sólo la anima la solidaridad y el gran cariño que tiene por el señor B.; que el examen de compatibilidad se dio con el estudio que se efectuara la señora V. oportunamente; que la relación entre donante y receptor viene de vieja data, se inició en el año 1995, época en que la donante se encontraba casada y concurría al Coro del Centenario del Colegio San José Adoratrices, donde se conocieron y se originó una trascendente amistad entre el receptor y la donante y su esposo; que luego, ya separada la donante, los unió un gran cariño que conservan hasta la actualidad, por lo que es voluntad de la señora V. donar uno de sus riñones, mejorando la expectativa de vida de B., quien se encuentra en una situación límite y terminal; que en la declaración jurada que acompañan, la señora N. G. V. manifiesta que su decisión es espontánea, voluntaria y libre, y que no se le ha ofrecido ningún dinero o agradecimiento de otra especie a cambio del trasplante; que su situación económica es holgada, ya que además de su jubilación, posee inmuebles que alquila y se dedica a la promoción y venta de purificadores de agua “PSA” con lo que cubre ampliamente sus necesidades; que con ello se acredita la relación de profunda amistad y familiaridad entre la donante y el receptor y su familia, lo que deja ver el motivo altruista del acto y la solidaridad en que se funda.

Aclaran que si bien solicitan la autorización judicial para la ablación y trasplante de riñón, los exámenes médicos definitivos se realizarán una vez que se autorice la donación solicitada.

Fundan en derecho, ofrecen prueba y solicitan la autorización reseñada.

II. Dictado el proveído inicial (fojas 20 y vta.) y a los fines dispuestos por el artículo 56 de la Ley N° 24.193, se señaló audiencia a la que se citó a las partes, al médico Forense, al médico Psiquiatra, a la Asistente Social y al Agente Fiscal en turno.

En fecha 05.12.2016 (fojas 25 y vta.) se celebró la audiencia prevista en el artículo 56 de la Ley N° 24.193, con la presencia de O. A. B. y N. G. V., patrocinados por la Dra. María Paula Buktenica, el Sr. Médico Forense, Dr. R. M. A., la Asistente Social de la jurisdicción, Lic. M. J. S., el Médico Psiquiatra de la jurisdicción, Dr. J. H. C. y la Sra. Agente Fiscal en turno, Dra. María José Fonseca.

A fojas 26/28 se agregó por secretaría constancia de inscripción del Sanatorio “La Entrerriana”, institución donde se llevará a cabo el trasplante, en el Registro Nacional de Procuración y Trasplantes del I.N.C.U.C.A.I.

A fojas 29/33 obra el informe médico emitido por el Médico Forense Dr. R. M. A.; a fojas 35/39 se encuentra agregado el informe social efectuado por la Asistente Social Lic. M. J. S.; a fojas 42/43 vta., la declaración de los testigos J. de la C. O. y D. U. R., y a fojas 46 el certificado médico realizado por el Médico Psiquiatra de la jurisdicción, Dr. J. H. C.

Corrida vista al Ministerio Fiscal, éste se expide a fojas 49, manifestando que se han cumplimentado todos los requisitos formales, por lo que las actuaciones se encuentran en condiciones de ser sentenciadas.

En este estado, y

Considerando:

I. Como primera medida corresponde examinar si en el caso se encuentran reunidos los recaudos formales para la admisibilidad de la acción.

Al respecto, cabe decir que en nuestra Provincia rige la Ley N° 9954 (que adhiere a la nacional N° 24.193), que en su art. 23 establece que “Toda acción civil tendiente a obtener una resolución judicial respecto de cuestiones ex-

trapatrimoniales relativas a la ablación e implante de órganos, células hematopoyéticas o tejidos, será competencia del Juzgado en lo Civil y Comercial en turno correspondiente al domicilio del actor”.

En cuanto al tipo de proceso, no obstante que la norma transcripta prevé que sea el sumarísimo, el presente ha sido adecuado a las especiales cuestiones ventiladas, a la particular vía elegida por las partes y a la regulación del ordenamiento nacional (arts. 56 y ss. de la Ley N° 24.193).

Es también un recaudo propio de procedibilidad, aunque vinculado con la práctica médica cuya autorización se interesa, que los jefes o subjefes de los equipos médicos registrados y habilitados al efecto, informen a los donantes vivos y a los receptores de manera “suficiente, clara y adaptada a su nivel cultural, sobre los riesgos de la operación de ablación e implante –según sea el caso–, sus secuelas físicas y psíquicas ciertas o posibles, la evolución previsible y las limitaciones resultantes, así como las posibilidades de mejoría que, verosímelmente, puedan resultar para el receptor” (art. 13 de la Ley N° 24.193).

Entiendo suficientemente cumplido este extremo, toda vez que N. G. V. expresó en el escrito inicial su voluntad de donar uno de sus riñones a O. A. B. y declaró bajo juramento que “le han sido explicadas por el Dr. M. Á. A., jefe del equipo de trasplante renal del Sanatorio La Entrerriana de Paraná, el alcance y consecuencias de la operación quirúrgica a la que será sometida para la donación, que tiene plena conciencia de los riesgos propios de la operación y de las secuelas posoperatorias y que asume la intervención en forma espontánea y con cabal conocimiento de cualquier consecuencia posterior que pudiera generarse, inclusive la remota pero factible posibilidad de falla del riñón que queda, además de cambios en el estilo de vida” (declaración jurada de fojas 11).

Esta afirmación fue ratificada en la audiencia celebrada el día 05.12.2016, cuando en respuesta a la pregunta N° 3) referida a si le explicaron qué consecuencias o limitaciones puede tener a raíz de la cirugía, contestó “... que sí, que le explicaron acerca de la donación y sobre todo de la anestesia (...) que entiende todos los riesgos que pueden producirse”.

También el Dr. J. H. C. –médico Psiquiatra de la jurisdicción– se pronunció al respecto, al dejar constancia que “N. G. V., como donante de órganos, se encuentra en condiciones psiquiátricas normales ya que posee plena conciencia de dicha situación y eventuales consecuencias médicas y psicológicas de dicho acto” (certificado de fojas 5, ratificado a fojas 46).

Por último, quedó acreditado en autos que el centro médico donde se realizará la práctica del trasplante (Sanatorio La Entrerriana de la ciudad de Paraná), se encuentra autorizado para ello (arts. 3 y sigs. de la Ley N° 24.193), conforme surge de la constancia agregada por Secretaría, extraída del sitio web oficial del Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (I.N.C.U.C.A.I.) obrante a fojas 26/27 de estos autos. Debo dejar establecido que los requisitos vinculados con la prueba de la enfermedad que padece O. A. B. se hallan suficientemente cumplidos con la documental aportada, de la que se desprende que padece Insuficiencia Renal Crónica Terminal (certificado emitido por el Dr. O. Á. de fojas 3 y resumen de historia clínica de fojas 6/10). También del dictamen del Dr. R. M. A. –Médico Forense– agregado a fs. 29/33, del que surge que “... el nivel de insuficiencia renal que requiere tratamiento de sustitución renal (fase 5), este es el caso del Sr. B., actualmente en hemodiálisis”.

II. Acreditado como se encuentra que se han reunido las exigencias formales de procedencia de la acción (donante y receptor mayores de edad; necesidad del trasplante de riñón; centro médico y profesionales encargados de realizar la práctica médica inscriptos en los organismos nacionales competentes; trámite llevado a cabo de manera gratuita y haberse cumplido las instancias procedimentales previstas en la ley nacional y en la provincial), es el momento de abordar el tema central que motiva la intervención judicial, cual es la viabilidad de la autorización pretendida, en particular, en atención a la ausencia de toda vinculación parental entre donante y receptor.

El art. 15 de la Ley N° 24.193 prevé que solo estará permitida la ablación de órganos o materiales anatómicos en vida con fines de trasplante sobre una persona capaz mayor de dieciocho años y que ésta podrá autorizarla únicamente en caso de que el receptor sea pariente consan-

guíneo o por adopción hasta el cuarto grado, o su cónyuge o conviviente.

Considero que la taxatividad con la que está enunciada la norma debe entenderse referida a los casos en que el contralor del procedimiento está a cargo y se realiza por ante la autoridad jurisdiccional administrativa, quien goza de las funciones y responsabilidades previstas en este régimen especial (arts. 3, 9, 43, sigtes. y ccdtes. de la Ley N° 24.193), que por el art. 61 se asignan al Instituto Nacional Central Único Coordinador de Ablación e Implante (I.N.C.U.C.A.I.) y que en Entre Ríos se otorgan al Centro Único de Coordinación de Ablación e Implante de Entre Ríos (C.U.C.A.I.E.R.), conforme el art. 1° de la Ley N° 9954.

En casos como el presente, en que se requiere la intervención de la Justicia por no configurarse el supuesto normativamente contemplado, se impone recurrir a una interpretación sistemática que permita desentrañar la finalidad de la ley en su integridad, reconociendo vigencia tanto al art. 15 como al 56 de la Ley N° 24.193. En este sentido, entiendo que cuando no se dan las condiciones legales previstas en el art. 15 cuyo control y procedimiento la norma reserva a las instituciones administrativas, debe recurrirse a la acción judicial civil, regulada en el art. 56 de la ley nacional y 23 de la ley provincial.

Porque si no se atendiera a este principio interpretativo, la admisión de soluciones disvaliosas (pérdida de la vida, incapacidad permanente, etc.) no sería compatible con el fin común de la tarea legislativa y judicial, siendo la propiciada la solución que más se ajusta a la razonabilidad y congruencia con el sistema en el que está inserta la norma. En este sentido, es sabido que el invocado derecho a la vida, a la salud y a la integridad física están subyacentes en la regulación legal específica, porque ninguna otra puede ser la interpretación que se le asigne al régimen que autoriza las prácticas de trasplantes entre personas vivas.

Y estos derechos, que en nuestro país y en nuestra provincia tienen reconocimiento constitucional (art. 75 inc. 22; arts. 4.1, 5.1 del Pacto San José de Costa Rica Conv. sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad y Protocolo Facultativo, aprobado por Ley N° 26.378, arts. 3° y 5° y arts. 16, 19 y 21 de la Const. Provincial) no pueden verse cercenados en su ejercicio por una supuesta limitación infraconstitucional en cuanto a las personas entre quienes puede ser realizada esta práctica médica.

Coincido con la opinión favorable de los profesionales que fueron convocados al proceso y que refiriera en los párrafos precedentes. Por su parte, la Lic. S. dice en su dictamen que “el imaginario solidario y sensible de la señora V. da cuenta de este acto voluntario y altruista de ofrecer al Sr. B. de ser donante de un riñón, y que en dicho imaginario se contextualiza su frase que prefiere realizar el acto solidario en vida antes que fallecida, viendo la posibilidad de florecer la vida de un ser humano (...) el desarrollo anterior da cuenta de situaciones económicas simétricas, con ausencia de necesidades económicas apremiantes y de la relación de compañerismo de larga data del Sr. B. y de la Sra. V. (...) estimo de suma importancia para comprender el acto voluntario de donación de la Sra., su sensibilidad, altruismo y solidaridad para con el otro, valores que el accionar de su vida diaria traduce. Por tales razones, resulta oportuno hacer lugar a la solicitud que motiva la presente intervención social” (fojas 38/39).

Comparto también lo dictaminado por el Sr. Agente Fiscal a fojas 49, quien expresa que “... se han cumplimentado todos los requisitos formales, y que la limitación que emana del art. 15 de la Ley 24.193 procura evitar operaciones que se funden en ánimos lucrativos o ajenos a los principios de solidaridad que la ley protege (...) se intenta proteger los lazos de solidaridad y afecto entre las personas, lo que en el caso que nos compete está acreditado...”.

De ello se colige que la ausencia de vínculo parental consanguíneo o colateral entre O. A. B. y N. G. V. no es óbice para la procedencia de la autorización peticionada.

Sólo resta verificar que no se configure ninguna de las prohibiciones legalmente previstas, en punto a la certeza de que no ha existido ninguna contraprestación u otro beneficio cumplido o prometido o inducción o coacción sobre la dadora (incs. f y g del art. 27 de la Ley N° 24.193).

Como lo ha señalado el Juez Federal Dr. Alejandro Nobili, al fallar en autos “Mihanovich, Sandra s/ Sumarísimo ley 24.193” del 30/07/2012 (Cita: MJ-JU-M-73916-AR | MJJ73916 | MJJ73916), “... La ley de Trasplante establece la gratuidad como requisito *sine qua non* del acto disposi-

tivo de dación de órganos que configura un acto jurídico extrapatrimonial unilateral, gratuidad que protege mediante la tipificación de un delito penal. La admisibilidad de la obtención de ciertas piezas anatómicas del otorgante en vida encuentra una postura legislativa y doctrinaria claramente restrictiva, al considerar únicamente lícitos ciertos actos productos del altruismo y el amor, sin que resulte, por el contrario, viable una enajenación a título oneroso, en cuya causa (motivo) existe un fin de lucro con ausencia del humanitario. Un contrato de esta índole es nulo, de nulidad absoluta. La contracara de la comercialización, la donación, en cambio, es vista como una expresión de altruismo y generosidad. Ese derecho a donar, es considerado como un derecho personalísimo y como tal, inherente al hombre, extrapatrimonial, necesario, vitalicio, no enajenable e intransferible. No es ético comerciar sobre el honor, la dignidad, la intimidad, ni la integridad física, ni es lícito negociar la libertad del ser humano. Sin embargo, cierta parte de la doctrina no recurre a la gratuidad como fundamento sino al principio de la 'solidaridad' que reemplaza a la gratuidad porque el carácter cancelatorio de la carga o precio está sustituido por un fundamento de moral superior basada en la vida del hombre, en la salvación del moribundo o en el evitar un sufrimiento terminal que apaga lentamente el vivir. La ley, al admitir la ablación y el trasplante entre vivos, se fundamenta en la 'solidaridad familiar' (Nobili, Alejandro, 'Trasplante entre personas no emparentadas' y sus citas, en La Ley 2004-A, 1216)".

En el caso bajo análisis, considero ampliamente acreditada la vinculación afectiva y el trato familiar entre O. A. B. y N. G. V. Corroboraron las manifestaciones vertidas en el escrito inicial y lo declarado por la donante a fojas 11, los dichos de ambos en la audiencia celebrada en esta sede (fs. 25 y vta.), así como la información relevada por la Lic. M. J. S. (fs. 35/39), y los dichos de los testigos J. de la C. O. (fs. 42 y vta.) y D. U. R. (fs. 43 y vta.), quienes expresaron ser conocidos de O. A. B. y N. G. V. y que, según saben, ellos se conocen y son amigos desde hace más de diez años.

Otra cuestión que resulta trascendental y que debe encontrarse acreditada es que no exista ningún indicio o sospecha de que el ofrecimiento de la dadora encuentre fundamento en haber recibido o tener la promesa de recibir algún tipo de contraprestación material (económica o no), ya que a fin de evitar la comercialización, relacionada con el tráfico de órganos, el legislador prohibió expresamente "toda contraprestación u otro beneficio por la dación de órganos o materiales anatómicos, en vida o para después de la muerte, y la intermediación con fines de lucro" (art. 27, inc. "f" de la ley de trasplante).

Del análisis de la prueba producida cabe concluir que dicha posibilidad se encuentra absolutamente ausente en este caso.

Ello surge de la declaración jurada presentada por la donante V. (fojas 11), ratificada en la audiencia celebrada en esta sede (fojas 25 y vta.), en el informe emitido por la Lic. M. J. S. (fs. 35/39) y en las declaraciones testimoniales ya reseñadas.

En definitiva, entiendo que la gratuidad no es un valor esencial en este tipo de prácticas, sino la solidaridad y el altruismo. La gratuidad y desinterés material en quien dona un órgano o parte de él viene por añadidura de aquellos valores humanos inconmensurables.

A modo ilustrativo diré que el artículo 17 del Código Civil y Comercial de la Nación, vigente desde el 1º de agosto de 2015, establece que "los derechos sobre el cuerpo humano o sus partes no tienen un valor comercial, sino afectivo, terapéutico, científico, humanitario o social y sólo pueden ser disponibles por su titular siempre que se respete alguno de esos valores y según lo dispongan las leyes especiales".

Explicando los conceptos contenidos en la norma comentada se expresa que "El valor configura un elemento de la tipicidad de la noción de bien y está calificado porque es afectivo (representa algún interés no patrimonial para su titular), terapéutico (tiene un valor para la curación de enfermedades), científico (tiene valor para la experimentación), humanitario (tiene valor para el conjunto de la humanidad), social (tiene valor para el conjunto de la sociedad)" (conf. Lorenzetti, R. L. -Director-, Código Civil y Comercial de la Nación Comentado, Rubinzal-Culzoni Editores, T. I, 2014, p. 81).

En nuestro caso, no puede negarse que el valor de la práctica médica cuya autorización se peticiona, tiene una

clara finalidad terapéutica y, además, afectiva y humanitaria.

Por todo lo expuesto,

Fallo:

1) Haciendo lugar a la medida incoada y, en consecuencia, autorizando a N. G. V. -D.N.I. N° ...- a la ablación de un riñón para serle implantado a O. A. B. -D.N.I. N° ...-, por el equipo médico tratante a cargo del Dr. M. Á. A., en el Sanatorio La Entrerriana de la ciudad de Paraná.

2) Haciendo saber a los profesionales médicos intervinientes que quedan obligados al cumplimiento de lo dispuesto por la legislación vigente y a efectuar los trámites necesarios ante el I.N.C.U.C.A.I. y el C.U.C.A.I.E.R.

3) La autorización conferida en el punto 1) se brinda al solo efecto de zanjar la restricción del art. 15 de la Ley N° 24.193 y sin perjuicio de los derechos que le corresponden a la donante, N. G. V., de retractarse y revocar su consentimiento para el trasplante que aquí se autoriza hasta el instante mismo de la intervención quirúrgica, mientras conserve capacidad para expresar su voluntad, sin formalidad alguna (art. 15, inc. 5º de la Ley N° 24.193).

4) Notifíquese al I.N.C.U.C.A.I. y al C.U.C.A.I.E.R. en el domicilio de este último, sito en el Hospital San Martín de la ciudad de Paraná, calle Presidente Perón N° 450 de esa ciudad, mediante cédula Ley 22.172 -con copia de la presente-, encontrándose facultada la Dra. María Paula Buktenica y/o quien ella designe para el diligenciamiento de la misma.

Regístrese, notifíquese y, oportunamente, previa expedición de testimonio pertinente, archívese. - Jorge I. Ponce (Sec. Supl.: Alejandro Centurión).

Fianza:

Prescripción respecto del acreedor: plazo aplicable. **Código Civil y Comercial:** Vigencia temporal: plazos de prescripción.

1 - *La prescripción de la fianza se rige respecto del acreedor por el plazo establecido por el art. 846 del cód. de comercio, debido a la carencia de norma especial y en razón de la prohibición de aplicar plazos breves de prescripción por analogía.*

2 - *Dado que, en el caso, se reclama el cobro de sumas de dinero derivadas del incumplimiento de dos obligaciones -saldo deudor en cuenta corriente bancaria y descuento de documentos- asumidas por la sociedad cuyo pago afianzaron los demandados, cabe concluir que la excepción de prescripción introducida por estos últimos debe ser rechazada, pues, cuando la demanda fue interpuesta, no había transcurrido el plazo decenal previsto en el art. 846 del cód. de comercio, que rige la prescripción de fianza respecto del acreedor.*

3 - *Puesto que tanto el art. 3º del derogado cód. civil cuanto el art. 7º del cód. civil y comercial que ahora nos rige solo autorizan el efecto inmediato de la nueva ley, no retroactivo salvo disposición en contrario, cabe considerar que, si bien es cierto que el citado Código Civil y Comercial establece lapsos de prescripción más breves (art. 2560 y sig.), esas normas son inaplicables al caso, toda vez que la contienda principió, se desarrolló y culminó (y aun fue recurrida) cuando reconocían vigencia los derogados Códigos Civil y Comercial. Máxime que tampoco se ha dado aquí el supuesto previsto en el párr. 2º del art. 2537 del vigente cód. civil y comercial para la modificación de los plazos por la ley posterior. R.C.*

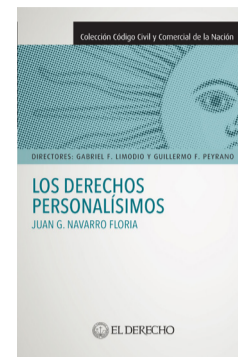
59.405 - CNCom., sala D, noviembre 22-2016. - Banco de la Provincia de Buenos Aires c. A., A. O. y otro s/ordinario.

En Buenos Aires, a los 22 días del mes de noviembre de dos mil dieciséis, se reúnen los Señores Jueces de 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 "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ A. A. O. y otro s/ ordinario", registro n° 46582/2003, procedente del Juzgado N° 25 del fuero (Secretaría N° 50), 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: Garibotto, Vassallo, Heredia.

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

FONDO EDITORIAL

Novedades



JUAN G. NAVARRO FLORIA
COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL
Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

**Los derechos
personalísimos**

ISBN 978-987-3790-44-7
229 páginas

Venta telefónica: (11) 4371-2004
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

¿Es arreglada a derecho la sentencia apelada de fs. 1343/1367?

A la cuestión propuesta, el Señor Juez de Cámara, Doctor *Garibotto* dijo:

I. LA LITIS Y LA SENTENCIA DE PRIMERA INSTANCIA

Solo formularé una muy apretada síntesis de lo que constituye la materia de este juicio, porque los hechos y el derecho que las partes de la litis invocaron aparecen suficientemente relacionados en la sentencia.

i. El Banco de la Provincia de Buenos Aires demandó a A. O. A. y a G. A. por cobro de \$309.551,78 en sus caracteres de fiadores solidarios, lisos, llanos y principales pagadores de las obligaciones asumidas por Paso Grande S.A., cuya cuenta corriente exhibió saldo deudor de \$286.651,78, a quien también atribuyó el incumplimiento de un contrato de crédito por descuento de documentos de terceros -diez pagarés librados sin protesto a favor de Paso Grande S.A.- que ésta endosó a favor del mismo banco.

A. O. A., que compareció a la litis por su propio derecho y en su carácter de sucesora del fallecido G. A. y los restantes herederos de éste, C. A. A. y H. M. de A., quienes antes de respondida la demanda habían afirmado hallarse caduca la instancia (planteo que fue desestimado), interpusieron excepciones de prescripción y de falta de legitimación pasiva; y si bien reconocieron que Paso Grande S.A. fue cuentacorrentista y la calidad de fiadores de ambos A., negaron que hubiere existido un contrato de crédito y/o descuento de documentos de terceros autónomo respecto de la cuenta corriente, que G. A. hubiere afianzado la solicitud de préstamo datada el 16.8.94, y desconocieron la autenticidad de las firmas puestas en los contratos de fianza que el banco acompañó.

ii. El primer sentenciante rechazó las excepciones de prescripción; declaró ser de abstracto juzgamiento la defensa de ausencia de legitimación pasiva; condenó a A. O. A. a pagar \$309.551,78 con más intereses que mandó calcular desde el 13.1.95 respecto de la suma derivada del saldo deudor en cuenta corriente (\$286.651,78) y desde cada una de las fechas de vencimiento de los pagarés (\$22.900) a la tasa activa que cobra el Banco de la Nación Argentina en sus operaciones de descuento de documentos a treinta días, sin capitalizar, y costas; y absolvió a los sucesores de G. A., con costas que distribuyó por su orden.

(i) Respecto de la defensa de prescripción, que el magistrado juzgó temporáneamente introducida, señaló que la obligación del fiador se rige por los mismos plazos que regula la ley para la obligación garantizada y, de seguido indicó que dado que lo demandado fue el cobro de sumas de dinero derivadas del incumplimiento de dos obligaciones asumidas por la sociedad cuyo pago afianzaron los demandados, concluyó que el contrato de descuento bancario es autónomo respecto de aquel de cuenta corriente y no accesorio de éste.

Con tal premisa concluyó que el banco promovió la acción causal en tanto fundó el reclamo derivado del saldo deudor de la cuenta corriente en los resúmenes correspondientes a ese contrato y, asimismo, los pagarés que acompañó como soporte del contrato de descuento de documentos todo lo cual, señaló el *a quo*, resulta recaudo indispensable de procedencia de tal acción.

Sentado ello, el Sr. juez consideró, respecto de la cuenta corriente bancaria, ser inaplicable el plazo quinquenal de prescripción previsto para la cuenta corriente mercantil; igual cosa decidió acerca del plazo trienal de prescripción propio de los títulos cambiarios para el reclamo derivado de los pagarés y, por ausencia de previsión legal específica para los contratos de que se trata juzgó aplicable la norma del art. 846 del Cód. de Comercio entonces vigente.

Sustentado en ello, por no haberse consumido el plazo decenal previsto en aquella norma, computado desde la fecha de cierre de la cuenta y la de vencimiento de los pagarés hasta la data de interposición de la demanda, desestimó la defensa respecto de ambos contratos.

E igual cosa decidió en lo que concierne a la postulada prescripción de los intereses devengados durante los cinco años anteriores a la fecha de interposición de la demanda, que la defensa sustentó en el art. 4027 del Cód. Civil: sobre este asunto el Sr. juez consideró inaplicable esa norma al saldo deudor de cuenta corriente bancaria y a la deuda derivada de un contrato de descuento bancario por tratarse ambos, de una única deuda.

(ii) De otro lado, si bien no fueron incorporados los contratos de fianza originales, basado en cuanto emerge de la prueba pericial caligráfica producida en el juicio ejecutivo “Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ A., C. A. y otros” sobre los originales y en la experticia contable realizada en éste, el *a quo* tuvo por demostrada la existencia de esos contratos y la autenticidad de la firma puesta en ellos por A. O. A., mas no aquellas que fueron atribuidas a G. A.

Luego de restar procedencia a la impugnación que del peritaje caligráfico formuló la codemandada A. O. A., el primer sentenciante señaló que la pericia caligráfica que se produjo en el juicio ejecutivo habíase realizado luego de fallecido G. A. y, por ello y por las consideraciones que formuló, decidió rechazar la demanda dirigida contra los sucesores de aquél.

Fue por ello que declaró de abstracto juzgamiento la defensa de ausencia de legitimación pasiva que los herederos de G. A. interpusieron.

(iii) Con base en la inimpugnada pericia contable, el *a quo* tuvo por demostrado tanto la existencia del crédito reclamado cuanto la condición de deudora de Paso Grande S.A.

Y en sustento de esa conclusión añadió que el mismo crédito fue verificado por el banco, en el proceso falencial de esa persona jurídica.

(iv) En cuanto a la pretendida por los demandados rectificación de la cuenta corriente bancaria, el Sr. juez señaló que ninguna prueba aportaron ellos con esa finalidad, y consideró insuficiente el mero desconocimiento del saldo, de los resúmenes de la cuenta y de la restante documentación respaldatoria incorporada por el banco.

Y, por el contrario, basado en la pericia contable consideró demostrada acabadamente la causa fuente del crédito reclamado.

(v) Tampoco el *a quo* halló procedencia, por prematura, a que se intimara al banco a indicar los pagos que hubiere percibido en el marco del proceso falencial de Paso Grande S.A.

Señaló el magistrado que “verificar” no es “cobrar”, y agregó que ese asunto corresponde ser debatido en la etapa de ejecución de la sentencia, pues es esa la oportunidad en que habrá de confeccionarse la liquidación final.

En tales términos la sentencia fue pronunciada y de seguido fueron regulados los honorarios de los profesionales intervinientes en el litigio.

II. LOS RECURSOS

i. El veredicto fue recurrido por el Banco de la Provincia de Buenos Aires (fs. 1317) y por la codemandada A. O. A. (fs. 1391).

El primero expresó los agravios de fs. 1445/1447, que fueron respondidos por la segunda en fs. 1458/1460.

A. O. A., como heredera y administradora del sucesorio expresó los agravios de fs. 1450/1451 e igual cosa hizo por su propio derecho en fs. 1452/1456, y esas articulaciones merecieron las respuestas de fs. 1462 y 1463/1465, respectivamente.

Agravios del Banco de la Provincia de Buenos Aires

Se agravio del rechazo de la acción de cobro dirigida contra G. A.

Sostuvo que el *a quo* prejuzgó cuando decidió que el informe pericial caligráfico, que fue ordenado y sustan-

ciado luego de fallecido aquel codemandado, no pudo ser controlado por legitimado alguno para observarlo.

Adujo que el resultado de esa prueba fue consentido, y que así surge del juicio ejecutivo.

Abundó sobre todo esto.

Agravios de A. O. A. como heredera y administradora del sucesorio de G. A.

La queja que la susodicha demandada expresó concierne a la forma en que fueron distribuidas las costas.

Señaló que los contratos de fianza originales no fueron acompañados a los autos ni se incorporaron a aquellos venidos *ad effectum videndi*; dijo que por ello, negada como quedó la suscripción de esos contratos que se atribuyeron a G. A., las costas provenientes del rechazo de la demanda contra éste debieron imponerse a la parte actora.

Agravios de A. O. A. por su propio derecho

(i) Se quejó del rechazo de la defensa de prescripción.

Basada en precedentes que individualizó, afirmó ser aplicable a la cuenta corriente bancaria el plazo de prescripción previsto en el art. 790 del Cód. de Comercio para la cuenta corriente mercantil.

Dijo que las operaciones de descuento de documentos que Paso Grande S.A. anudó con el banco no fueron autónomas sino que, por tratarse de operaciones de crédito y/o giro en descubierto avaladas por terceros tal cosa no implicó un nuevo contrato diverso de la cuenta corriente y, sustentada en todo ello, sostuvo que este último contrato fue accesorio de aquel.

(ii) Se quejó, también, del rechazo de igual excepción respecto de los intereses devengados que acceden al capital reclamado.

Adujo que no se trata de una deuda única, dado que luego de cerrada la cuenta los intereses no se capitalizan y, por ello, aseveró que éstos constituyen una prestación periódica y por lo tanto, alcanzados por las normas de los arts. 4027, inc. 3º del Cód. Civil y 847, inc. 2º del Cód. de Comercio.

(iii) Se agravio de que se hubiere hecho lugar a la sentencia sin haberse acompañado los contratos originales.

Con abundancia de argumentos sostuvo tal cosa, dijo que no existe instrumento alguno que le vincule con Paso Grande S.A., y basó la articulación en cuanto emerge del informe técnico elaborado por la consultora técnica de parte.

ii. Fueron también apelados los honorarios fijados en el pronunciamiento de grado, según da cuenta de ello la nota de elevación a esta Alzada de fs. 1439.

III. LA SOLUCIÓN

I. De las quejas que expresó A. O. A. por su propio derecho

i. Los dos primeros agravios que esa parte expresó se destinaron a criticar el pronunciamiento de grado, que rechazó las excepciones de prescripción respecto del crédito principal (así le llamaré) y de los intereses.

(i) Claro está, por surgir del propio texto con que fue concebida la demanda, que la aquí deducida es la acción causal de cobro de un saldo deudor en cuenta corriente abierta a nombre de Paso Grande S.A. y de un crédito emergente de un contrato de descuento de documentos de terceros también anudado con esa persona jurídica, cuyo cumplimiento, según allí se dijo, fue garantizado por ambos demandados contra quienes dedujo la acción (fs. 297/299).

Tal y como lo señala reconocida doctrina, la prescripción de la fianza se rige respecto del acreedor, por el plazo establecido por el art. 846 del Cód. de Comercio (cfr. Zavala Rodríguez, en “Código de Comercio comentado”, ed. Depalma, Buenos Aires, 1977, tº. VI, pág. 133 y sig.; Martorell, en “Tratado de los contratos de empresa”, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2000, tº. II, pág. 707; Villegas, en “Las garantías del crédito”, ed. Rubinzal-Culzoni, Santa Fe, 1993, pág. 141; Giraldi, en “Cuenta corriente bancaria y cheque”, ed. Astrea, Buenos Aires, 1973, pág. 139; Rouillon, en “Código de Comercio comentado y anotado”, ed. La Ley, Buenos Aires, 2005, tº. II, pág. 347).

Enseña el autor mencionado en último término, con cita de jurisprudencia, que el lapso de prescripción quinquenal previsto en el art. 790 del Cód. de Comercio no resulta aplicable al saldo de la cuenta corriente bancaria, sino sólo a las acciones previstas en dicho precepto, y añade que debido a la carencia de norma especial y en razón de la prohibición de aplicar plazos breves de prescripción

por analogía, la cuestión aparece regida por el art. 846 del Cód. cit.

Ocurre que este último artículo es de aplicación subsidiaria y complementaria de las demás normas que regulan la prescripción, y es éste el motivo por el cual se lo denomina como plazo “ordinario” de prescripción, teniendo como contrapartida los plazos “especiales” abreviados regulados a partir del art. 847 hasta el 855 del citado cuerpo legal, que se aplican directamente a los casos a los que expresamente se refieren (cfr. Fernández-Gómez Leo, en “Tratado teórico-práctico de Derecho Comercial”, ed. LexisNexis, Buenos Aires, 2004, tº. IV, pág. 663; Rouillon, en op. y loc. cit., págs. 949 y 950; Fernández, en “Código de Comercio de la República Argentina comentado”, ed. Amorrortu, Buenos Aires, 1948, tº. III, pág. 642; Fontanarrosa, en “Derecho Comercial Argentino-Parte general”, ed. Zavalía, Buenos Aires, 1992, pág. 587).

(ii) Bien, entonces, el Sr. juez de grado rechazó la excepción de prescripción que la defensa introdujo.

Pues evidente es que cuando la demanda que aquí fue interpuesta contra quienes garantizaron las obligaciones que Paso Grande S.A. asumió respecto de ambos contratos –saldo deudor en cuenta corriente bancaria y descuento de documentos– no había transcurrido el plazo decenal previsto en el tantas veces citado art. 846 del Cód. de Comercio.

El primero de los agravios, pues, no procede.

(iii) Y otro tanto corresponde decidir en lo que se refiere a la acusada prescripción de los intereses devengados durante los últimos cinco años computados desde la data de interposición de la demanda, que la defensa sustentó en las normas de los arts. 4027, inc. 3º del Cód. Civil y 847, inc. 2º del Cód. de Comercio.

Esto así, bien lo señaló el primer sentenciante, por cuanto según es sabido, el art. 795 del Cód. de Comercio autoriza la capitalización de los intereses por trimestre “salvo estipulación expresa en contrario”, y ésta luce ausente en la especie (v. contrato de apertura de cuenta corriente, fs. 34, reservada en el sobre de documentación correspondiente a estos obrados).

Tan sencillo argumento alcanza para desestimar, también esta segunda queja que la codemandada a que me refiero introdujo.

(iv) No olvido que, ahora, el Cód. Civil y Comercial establece lapsos de prescripción más breves (art. 2560 y sig.).

Esas normas son, a mi juicio, inaplicables al caso, toda vez que la contienda principió, se desarrolló y culminó (y aun fue recurrida), cuando reconocían vigencia los Códigos Civil y Comercial.

Cual es sabido, tanto el art. 3º del derogado Cód. Civil cuanto el art. 7º del Cód. Civil y Comercial que ahora nos rige, sólo autoriza el efecto inmediato de la nueva ley, no retroactivo salvo disposición en contrario, y así lo ha declarado la Corte Suprema Federal (v. entre otros, Fallos 310:1080).

Enseña Llambías (en “Tratado de Derecho Civil-Parte general”, 22ª ed. actualizada por Patricio Raffo Benegas, ed. Abeledo Perrot, Buenos Aires, 2009, tº. I, pág. 125, nº 153), que “si el legislador se arrogara el poder de gobernar el pasado e introducir modificaciones en lo ya acontecido que era legítimo por ser conforme a derecho, se caería en la más horrible inseguridad jurídica, porque nadie estaría seguro de que lo que hoy realiza no pudiese quedar aniquilado por una ley posterior”.

Ese principio de irretroactividad, tal como está consagrado en nuestra legislación por vía de su incorporación al Código Civil y Comercial constituye un criterio normativo para el juez que pasa a ser una exigencia constitucional, y en este sentido la Corte Suprema reiteradamente ha decidido que el Congreso Nacional o las legislaturas provinciales no pueden sancionar leyes que afecten derechos adquiridos de carácter patrimonial, pues si así lo hicieran vulnerarían la garantía constitucional de la propiedad privada reconocida por el art. 17 de la Constitución Nacional.

En efecto.

Tiene dicho el más Alto Tribunal de la Nación que el legislador podrá hacer que la ley nueva destruya o modifique un mero interés, una simple facultad o un derecho en expectativa ya existente; los jueces, investigando la intención de aquél podrán, a su vez, atribuir a la ley ese mismo efecto; pero ni el legislador ni el juez pueden en virtud de una ley nueva o de su interpretación, arrebatar o alterar un derecho patrimonial adquirido al amparo de la legislación

anterior, ya que en ese caso el principio de la no retroactividad deja de ser una simple norma legal para confundirse con el principio constitucional de la inviolabilidad de la propiedad reconocido por la Ley Suprema (Fallos: 180:16; 326:417; 317:218; 319:1915; 320:31; 320:141; 320:378; 320:1542; 320:2157; 320:2260; 320:2599; 321:330; 321:958; 321:2933; 322:118; 324:1177; 324:4404; 325:28; 326:417).

Resta, sobre este asunto, señalar que no se ha dado aquí el supuesto previsto en el párrafo segundo del art. 2537 del Cód. Civil y Comercial, de manera que nada más acerca del extremo examinado diré.

ii. Tampoco, lo adelanto, hallo procedencia al tercero y último de los agravios que por su propio derecho expresó la codemandada A. O. A.

Pues más allá del esfuerzo discursivo en que la queja se sustentó, lo cierto y concreto es que en autos el perito en caligrafía concluyó que las firmas puestas en el dorso de los documentos de fs. 8/12 corresponden a esta codemandada (v. fs. 1234/1242).

Ese dictamen fue impugnado por la susodicha A. O. A. en tanto lo periciado fueron fotocopias de los documentos originales (fs. 1253); y es precisamente esto la base sobre la que fincó el agravio de que ahora trato.

El argumento fundante del recurso seduce, pero no convence.

(i) En primer lugar, porque lejos de oponerse a la facción de la prueba en cuestión, tanto la codemandada a que me refiero cuanto los sucesores del restante demandado ofrecieron, entre otras, producir prueba pericial caligráfica respecto de la totalidad de los documentos sobre cuya base la demanda fue deducida (v. contestación de demanda, fs. 335 vta.).

(ii) En segundo término, porque en el quicio del juicio ejecutivo que precedió a éste, el experto en caligrafía que allí fue designado (diverso de aquel que en estos autos dictaminó), que tuvo ante sí y examinó los documentos originales, concluyó que las firmas puestas en los contratos de fianza fueron estampadas por esta recurrente (fs. 318/332 del expte. caratulado "Banco de la Provincia de Buenos Aires c/ A., C. A. y otro s/ ejecutivo").

Si bien no se trata únicamente de sumar conclusiones periciales, vemos que dos distintos expertos en caligrafía arribaron a igual conclusión.

Y a esto se añade que más allá de cuanto sostuvo la recurrente, es indudable que la pericia que en el marco del juicio ejecutivo se realizó, lo fue sobre los documentos originales: tal cosa se desprende, sin hesitación, del propio informe pericial en el que el experto señaló haber examinado las firmas estampadas "... en los contratos de fianza a favor del Banco de la Provincia de Buenos Aires y que obran a fs. 39, 40, 41, 42, 43 y 44 del presente (reservados en sobre N° 57917)" (fs. 239, último párrafo, del expte. a que aludo), en consonancia con lo que se desprende de la nota de reserva puesta en la foja 51 de esos mismos autos.

Vemos así que lo medular de lo que constituyó el agravio, aparece desmentido por las propias constancias de ese expediente.

(iii) Y, en tercer lugar, porque por medio de la prueba pericial contable que también se produjo, quedó demostrada la existencia de la fianza otorgada por A. O. A. (y también por G. A.; v. fs. 967 vta., respuesta al punto d; y fs. 968, respuesta al punto g).

Alcanza, entonces, con recordar que la apreciación de la pericia corresponde a los magistrados.

Y aun cuando carece de carácter vinculante para el juez, el apartamiento de sus conclusiones debe encontrar apoyo en razones serias, en fundamentos objetivamente demostrativos de que no se halla reñida con principios lógicos o máximas de experiencia; resulta preciso invocar razones fundadas las que, a su vez han de reposar sobre elementos de juicio al menos de igual jerarquía que los invocados por el experto, que permitan desvirtuar el informe.

Esto no fue hecho en el curso de la litis.

De modo que por cuanto según las reglas de la sana crítica (arts. 477 y 386 del Cód. Procesal y su doctrina) hallo suficientemente fundados los peritajes analizados, que aparecen confeccionados por quienes resultan ser idóneos en la materia de que se trata, cual lo anticipé, en mi

criterio debemos desestimar también el tercero y último de los agravios que introdujo la codemandada A. O. A.

2. De los agravios que expresaron el banco actor y A. O. A. como heredera y administradora del sucesorio de G. A.

La íntima vinculación que existe entre estas quejas aconseja su unitario tratamiento.

i. Contrariamente a cuanto aseveró el Banco de la Provincia de Buenos Aires cuando expresó los agravios, la pericia caligráfica que se faccionó en el quicio del juicio ejecutivo no fue consentida por G. A.

(i) Y no lo fue, no sólo porque éste había fallecido poco antes de realizado el peritaje (hecho éste no discutido en autos) sino, además, porque en ese proceso, del que no participaron los ejecutados sino que en su representación lo hizo la Sra. defensora de oficio (fs. 158, 159 y 168), inmediatamente luego de producida la pericia la funcionaria a que aludo, sin consentir acto alguno del procedimiento, sostuvo que la instancia había perimido (fs. 342) y así fue declarado (fs. 367/368).

A ello se suma que, al contrario de lo que sucedió en el quicio del juicio ejecutivo en el que el experto calígrafo allí dictaminante atribuyó a G. A. la autoría de las firmas puestas en los documentos de marras (fs. 234/242), en este expediente, otro perito en caligrafía concluyó que las firmas obrantes en los documentos que examinó "... no pueden ser atribuidas al puño y letra del Sr. G. A., con los elementos tenidos a la vista..." (v. nuevamente fs. 1234/1242).

Como se advierte, respecto de este sujeto la cuestión es bien diversa en tanto las conclusiones a que ambos peritos calígrafos arribaron se contraponen.

(ii) Sin embargo, es mi opinión que debe prevalecer el peritaje que fue realizado en el quicio del juicio ejecutivo.

Así lo considero por cuanto –arriba quedó dicho– el experto que allí dictaminó se expidió, lógicamente, luego de cotejar la firma puesta en los documentos originales que sirvieron de soporte a ese proceso con las grafías que G. A. estampó de su puño y letra en las actas que corren en fs. 76 y 202 y, también, en las existentes en el Registro Nacional de las Personas, en la Policía Federal Argentina y en el registro llevado por el propio Banco de la Provincia de Buenos Aires (v. fs. 239 vta. *in capit*); mientras que en este juicio, el perito sólo examinó, para su cotejo, las firmas puestas por el susodicho G. A. en el legajo existente en la Policía Federal Argentina (v. fs. 1239 vta., cap. III).

En pocas palabras, el primero de los peritos contó con mayores elementos indubitados para realizar la labor que le fue encomendada y, con esa base dictaminó del modo en que lo hizo.

(iii) Con esa base, sustentado en la norma del art. 477 del Cód. de rito y en lo que señalé en el ap. (iii) del cap. anterior, concluyo que también G. A. suscribió los documentos mencionados, lo que implica, por lógica derivación, la admisión del recurso que interpuso el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

Y dado que aquél ha fallecido, son sus sucesores C. A. A. y H. M. de A. quienes, junto con A. O. A. habrán de responder ante el banco actor.

ii. Lo dicho conduce a la desestimación del agravio que A. O. A. introdujo como heredera y administradora del sucesorio de G. A.

Porque si cuanto llevo dicho en este cap. 2 es comparado por mis distinguidos colegas, resultará que la sentencia habrá de ser parcialmente modificada y condenados la totalidad de los sujetos demandados y, por consecuencia, cargadas a éstos las costas derivadas de la litis.

3. De los recursos interpuestos contra la regulación de los honorarios

En el escenario descrito hasta aquí, dado que los estipendios de los profesionales actuantes en el expediente fueron regulados sobre base diversa, corresponderá dejar sin efecto lo decidido en la instancia de grado acerca de ese extremo.

IV. LA CONCLUSIÓN

Propongo, entonces, al Acuerdo que estamos celebrando (i) desestimar los recursos que introdujo A. O. A., tanto por su propio derecho cuanto como heredera y administradora del sucesorio de G. A.; (ii) estimar aquel interpuesto por el Banco de la Provincia de Buenos Aires; por consecuencia (iii) revocar parcialmente la sentencia de grado

con el efecto de extender la condena en los términos y con los alcances con que fue dictada también a los sucesores de G. A., Sres. C. A. A. y H. M. de A.; y (iv) dejar sin efecto la regulación de los honorarios. Con costas de ambas instancias a los vencidos.

Así voto.

Los señores Jueces de Cámara, doctores *Vassallo* y *Heredia* adhieren al voto que antecede.

Concluida la deliberación los señores Jueces de Cámara acuerdan:

(a) Desestimar los recursos que introdujo A. O. A., tanto por su propio derecho cuanto como heredera y administradora del sucesorio de G. A. y estimar aquel interpuesto por el Banco de la Provincia de Buenos Aires.

(b) Revocar parcialmente la sentencia de grado con el efecto de extender la condena en los términos y con los alcances con que fue dictada también a los sucesores de G. A., Sres. C. A. A. y H. M. de A. y dejar sin efecto la regulación de los honorarios.

(c) Imponer las costas de ambas instancias a los vencidos.

(d) De conformidad con lo dispuesto en el cpr. 279 se proceden a fijar los honorarios de los profesionales intervinientes.

En atención a la naturaleza, importancia y extensión de las tareas desarrolladas, con base en el monto económico finalmente comprometido y las etapas procesales efectivamente cumplidas, regular los honorarios de los distintos profesionales de la siguiente forma: en \$... (*pesos* ...) para la letrada patrocinante, S. H. M.; en \$... (*pesos* ...) para la apoderada, N. R. F.; en \$... (*pesos* ...) en conjunto, para los letrados apoderados y letrados patrocinantes, V. B. G., M. L. P., F. R., S. M. I., G. C. y A. C. G.; \$... (*pesos* ...) para el letrado apoderado, C. F. G.; \$... (*pesos* ...) para la apoderada D. I. –todos en representación de la demandada–; \$... (*pesos* ...) para el letrado patrocinante y letrado apoderado de la demandada, C. S. S. Ponderando las labores desempeñadas desde la aceptación del cargo, fíjase en \$... (*pesos* ...) el estipendio del perito calígrafo M. O. R.; y en \$... (*pesos* ...) el correspondiente a la perito contadora, S. B. P.; en \$... (*pesos* ...) los de la consultora técnica C. G. Por la incidencia resuelta en fs. 351, modificada en fs. 503/504 se confirman en \$... (*pesos* ...) los honorarios regulados al apoderado de la actora, P. E. L.; y en \$... (*pesos* ...) los correspondientes al letrado patrocinante de la actora, G. A. (arts. 6, 7, 9, 19, 37 y 38 de la ley 21.839; Dec. Ley 16.638/57, art. 3).

Asimismo, por la presentación de fs. 1445/1447 se fijan en: \$... (*pesos* ...) para la apoderada del actor, D. I.; \$... (*pesos* ...) para la letrada patrocinante del actor, N. R. F. Por la presentación de fs. 1463/1465 se fijan en: \$... (*pesos* ...) para la apoderada del actor, D. I.; \$... (*pesos* ...) para la letrada patrocinante de la actora, N. R. F.

Con similares pautas en lo pertinente, con base en el monto económico comprometido en la presentación de fs. 1462, se fijan en \$... (*pesos* ...) para la apoderada del actor, D. I. y en \$... (*pesos* ...) para la letrada patrocinante del actor, N. R.

Notifíquese y una vez vencido el plazo del art. 257 del Código Procesal, devuélvase la causa al Juzgado de origen.

Cúmplase con la comunicación ordenada por la Excm. Corte Suprema de Justicia de la Nación (Ley 26.856 y Acordadas 15/13 y 24/13). – *Juan R. Garibotto*. – *Gerardo G. Vassallo*. – *Pablo D. Heredia* (Sec.: Julio F. Passarón).

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal n° 7, a cargo de la Dra. **Alicia Bibiana Pérez**, Secretaría n° 13, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6° piso de la Capital Federal, comunica que la Sra. FENGYING CHEN con PASAPORTE G52546009, nacida el 18 de octubre de 1988 en Fuzing, Fujian, República Popular de China, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiere obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. El presente se publica a los efectos del

Art. 11 de la ley 346. Publíquese por dos días dentro de un plazo de quince días. Buenos Aires, 29 de noviembre de 2016. **Fernando Gabriel Galati**, sec. int.

l. 8-3-17. V. 9-3-17 5939

SUCESIONES

El Juzgado Nacional en lo Civil N° 13, Secretaría única, cita y emplaza por el término de 30 días a herederos y acreedores de **CELESTINO HERMES SALOMON BISIO**. Publíquese por 3 días en el diario *El Derecho*. Buenos Aires, septiembre 26 de 2014. **Diego Hernán Tachella**, sec.

l. 8-3-17. V. 10-3-17 5938



EL DERECHO

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

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

Propietario UNIVERSITAS S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Tucumán 1436/38 (1050) Capital Federal

REDACCIÓN Y ADMINISTRACIÓN:

TEL. / FAX: 4371-2004 (líneas rotativas)

E-MAIL: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

OPINIONES Y DOCUMENTOS

La importancia de la asesoría jurídica en las curias diocesanas

1. Introducción

El Código de Derecho Canónico (CIC) nos dice, en su canon 469, que la curia diocesana consta de aquellos organismos y personas que colaboran con el obispo en el gobierno de toda la diócesis, principalmente en la dirección de la actividad pastoral, en la administración de la diócesis, así como en el ejercicio de la potestad judicial⁽¹⁾.

La curia diocesana no tiene una autonomía absoluta, sino que encuentra sentido solo en referencia al obispo y en estar a su servicio casi identificándose con él. La curia también es un organismo en el cual se expresa una particular modalidad de participación en el ministerio eclesial⁽²⁾.

En toda curia diocesana bien organizada no debería faltar un servicio de asesoramiento jurídico civil-canónico.

A la hora de escoger a las personas que integren dicha asesoría el obispo deberá tomar como primer criterio la competencia profesional y la probidad de actuación. En pocas palabras, tienen que saber derecho –tanto el civil como el canónico–, estar dotadas de sentido común y conocer la realidad diocesana⁽³⁾.

2. Función

Esta asesoría tiene una índole esencialmente técnica, sin excluir la labor contenciosa. La verdadera eficacia del asesoramiento depende de su carácter preventivo, evitando, en la medida de lo posible, los conflictos. Se trata de un control interno y voluntario de legalidad⁽⁴⁾.

En líneas generales, además de asesorar al obispo diocesano en temas jurídicos, esta asesoría canaliza los procedimientos y necesidades en los diferentes campos del derecho que se presenten con relación a la diócesis y determina mecanismos para la agilización de actos y negocios jurídicos.

La asesoría jurídica coordina los procesos contractuales, realiza permanente control y vigilancia sobre los procesos judiciales, revisa los documentos legales que tiene que firmar el obispo y mantiene un archivo con toda la documentación e información jurídica. También puede elaborar un protocolo de procedimiento que sirva de ayuda y guía para los párrocos y para los representantes legales de los establecimientos educativos de la diócesis ante determinadas situaciones de índole legal que se puedan presentar.

Recuérdese que, a tenor de nuestra normativa civil, la Iglesia católica es una persona jurídica pública y dichas personas jurídicas se rigen en cuanto a su reconocimiento, comienzo, capacidad, funcionamiento, organización y fin de su existencia, por las leyes y ordenamiento de su constitución (arts. 146, inc. c), y 147, cód. civil y comercial de la Nación).

La observancia del derecho canónico no es una cuestión novedosa en nuestra legislación. A raíz del Acuerdo del año 1966 entre la Santa Sede y la República Argentina –ratificado por la Argentina el 23-11-66 mediante ley 17.032, ahora J-0640–, la legislación canónica, en los aspectos pertinentes, ha de ser contemplada como derecho vigente por el ordenamiento estatal argentino⁽⁵⁾.

La Iglesia católica es una persona jurídica pública, pero también todas y cada una de las divisiones territoriales que

(1) La curia diocesana es el instrumento principal al servicio de un obispo y del gobierno de una diócesis y, por ende, entra a formar parte de una Iglesia particular como gozne de su accionar pastoral efectivo. Conf. BUSSO, ARIEL D., *La curia diocesana*, en *La curia diocesana. Aspectos jurídicos y pastorales*, 2011, pág. 28.

(2) Conf. PERLASCA, ALBERTO, *La curia diocesana: fundamentos teológicos y administrativos*, en *La curia diocesana...*, cit., págs. 21/22.

(3) Conf. CANARIAS FERNÁNDEZ-CAVADA, JORGE, *La asesoría jurídica en la curia diocesana*, en *La curia diocesana. La función administrativa*, 2001, pág. 343.

(4) *Ibidem*, págs. 341/342.

(5) Conf. DI NICCO, JORGE A., *Observancia del derecho canónico en la República Argentina*, Morón, Verba Iustitiae, 2013, n° 23, págs. 57/58; USTINOV, HUGO A. VON, *Jurisprudencia civil y jurisprudencia eclesial*, ED, 246-589.

establezca gozan del mismo carácter público de ella. El reconocimiento no es solo de la Iglesia católica universal, sino de la pluralidad de personas jurídicas diferentes en el seno de la propia Iglesia, entre las que se hallan las diócesis, los seminarios, las parroquias, etc., que tengan su personalidad jurídica conforme a las leyes nacionales y eclesiásticas⁽⁶⁾.

3. Plazo del nombramiento

Una adecuada asesoría jurídica diocesana exige planificaciones y considero que el nombramiento de sus integrantes por un trienio es un plazo prudente. Nombrar al director y a los integrantes de la asesoría para tres años, pero que el nombramiento pueda renovarse por otros trienios, incluso más de una vez, al vencer el plazo.

Probablemente convenga establecer un contrato de trabajo que reúna todos los requisitos para ser civilmente válido para el tiempo determinado de un trienio, como de igual forma para las posibles renovaciones, incorporando a este las cautelas o garantías canónicas que correspondan, y atenerse a lo allí acordado⁽⁷⁾.

4. Retribución

Durante el tiempo de desempeño de su función, tanto si es clérigo como si es laico, quien dirija o quien integre la asesoría jurídica diocesana tiene derecho a una conveniente retribución en concordancia con sus necesidades y con las posibilidades de la diócesis.

Los clérigos dedicados al ministerio eclesial merecen una retribución conveniente a su condición, teniendo en cuenta tanto la naturaleza del oficio que desempeñan como las circunstancias de lugar y tiempo, de manera que puedan proveer a sus propias necesidades y a la justa remuneración de aquellas personas cuyos servicios necesitan (canon 281, § 1°, CIC)⁽⁸⁾.

A su vez, los diáconos casados plenamente dedicados al ministerio eclesial merecen una retribución tal que puedan sostenerse a sí mismos y a su familia, pero quienes, por ejercer o haber ejercido una profesión civil ya reciben una remuneración, deben proveer a sus propias necesidades y a las de su familia con lo que cobren por ese título (canon 281, § 3°, CIC).

Los laicos, por su parte, tienen derecho a una conveniente retribución que responda a su condición y con la cual puedan proveer decentemente a sus propias necesidades y a las de su familia, de acuerdo también con las prescripciones del derecho civil, y tienen también derecho a que se provea debidamente a

(6) Sobre la personalidad jurídica de la Iglesia católica en el ordenamiento argentino véase USTINOV, HUGO A. VON, *Inembargabilidad de bienes eclesiales en un fallo reciente*, ED, 135-720; NAVARRO FLORIA, JUAN G., *Los bienes de la Iglesia*, ED, 136-949. Sobre la abundante jurisprudencia véase, entre otras, CCiv.2° de la Capital, 26-3-1942, "Municipalidad de la Capital c. Curia Eclesiástica", JA, 1942-III-911; CNCCom., sala E, 30-8-89, "Lemos, Jorge c. Obispo de Venado Tuerto", LL, 1991-C-363, con nota de FIGUEROA, ARTURO J., y ED, 135-723; CApel.CC Mercedes, sala I, 8-2-90, "Manno c. Pesce y ots." –inédito– citado por NAVARRO FLORIA, JUAN G., *¿Puede una parroquia católica ser demandada en juicio?*, ED, 156-109; CS, 22-10-91, "Lastra, Juan c. Obispo de Venado Tuerto", véase el comentario de USTINOV, HUGO A. VON, *Expectativa satisfecha*, ED, 145-493; CNCiv., sala C, 8-10-92, "Cloro, Jorge c. Arzobispado de Buenos Aires", LL, 1993-B-220; CFed. San Martín, sala II, 6-7-93, "ANSeS c. Parroquia Niño de Jesús de Praga"; CApel.CC Azul, sala II, 29-11-05, causa 48.899, véase el comentario de DI NICCO, JORGE A., *Canon 1265 del Código de Derecho Canónico: aplicación de su normativa en una causa tramitada por ante la Justicia civil argentina*, Anuario Argentino de Derecho Canónico, n° 17, 2011, págs. 235/246; Tribunal de Trabajo N° 3 Quilmes, 18-2-13, causa 21.102.

(7) De hecho, la atribución de un oficio eclesial a un laico se acompaña de la estipulación de un apropiado contrato de trabajo. Conf. PERLASCA, ALBERTO, *Conferimento e cessazione dell'ufficio ecclesiastico. Problemi di rapporto con l'ordinamento civile*, en *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 2006, n° 19, pág. 148.

(8) La diferencia entre la "remuneración" del sacerdote y el salario o el estipendio de los laicos es radical, ya que no está la prestación laboral, que exige ser proporcionalmente reconocida y remunerada. La Iglesia tiene la obligación de proporcionar simplemente al sacerdote los recursos para un honesto sustento, para que su servicio ministerial pueda continuar expresándose con serenidad y plena libertad apostólica. Conf. NICORA, ATTILIO, *Tratti caratteristici e motivi ispiratori del nuovo sistema di sostentamento del clero*, en *Quaderni di Diritto Ecclesiale*, 1989, n° 2, pág. 7.

su previsión y seguridad social y a la llamada asistencia sanitaria (canon 231, § 2°, CIC).

5. Poderes judiciales

La asesoría jurídica diocesana puede llevar los procesos judiciales atinentes a la diócesis. Pero también puede determinarse que, salvo casos específicos, no es su labor llevar procesos judiciales. Se ocuparía de los seguimientos, pero no de llevar los procesos.

No estaría de más preguntarse si al director de dicha asesoría podría otorgársele un poder general judicial. En una diócesis pueden producirse circunstancias particulares que, evaluadas prudentemente, ameriten esa posibilidad. Ello no impediría que se otorguen, para cada caso puntual, poderes especiales judiciales a favor de otros abogados –integren o no la asesoría–⁽⁹⁾.

6. Sede episcopal impedida o vacante

Cuando la sede episcopal queda impedida, el director y los integrantes de la asesoría jurídica diocesana no cesan en su cargo. Tampoco cesan al quedar vacante la sede episcopal. Este oficio eclesial no se pierde al cesar, de cualquier modo, el derecho de la autoridad que lo confirió (canon 184, § 2°, CIC).

Si en sede vacante el director o uno de los integrantes de la asesoría dimisiona y su dimisión es aceptada, o si él muere, el administrador diocesano puede, evaluada la necesidad, elegir interinamente a otro⁽¹⁰⁾.

Cuando el nuevo obispo diocesano toma posesión canónica de la diócesis, el oficio de director o de integrante de la asesoría no se pierde ni concluye. El Código de Derecho Canónico es claro al señalar que, a no ser que el derecho disponga otra cosa, tal el caso del vicario general y del vicario episcopal (canon 481, § 1°, CIC), la titularidad del oficio eclesial no depende de la permanencia en el cargo de la autoridad que lo confirió; ello en virtud de la estabilidad objetiva⁽¹¹⁾.

El oficio eclesial se pierde por el transcurso del tiempo prefijado, por cumplimiento de la edad determinada en el derecho y por renuncia, traslado, remoción o privación (canon 184, § 1°, CIC); el elenco de estas causas es taxativo⁽¹²⁾.

7. Conclusión

La asesoría jurídica diocesana es una herramienta de ayuda muy importante para el obispo diocesano y, por ello, no debería estar ausente en ninguna curia diocesana.

En el Código de Derecho Canónico no se habla de esta asesoría, solamente en el canon 492, § 1°, se menciona que debe formar parte del Consejo de asuntos económicos de la diócesis al menos algún experto en derecho civil.

Entiendo de importancia que cada obispo cuente en su curia diocesana con una asesoría jurídica, y no estaría de más preguntarse si ello no debería verse plasmado en el Código de Derecho Canónico⁽¹³⁾.

Muchos de los problemas jurídicos en una diócesis, incluidos los que llegan a procesos judiciales, suelen tener su origen, además de en una consulta tardía, en la falta de una asesoría jurídica diocesana que oriente sobre cada particular.

El conocimiento del derecho canónico es fundamental para todos los profesionales del derecho que trabajan en y para la Iglesia católica.

JORGE ANTONIO DI NICCO

VOCES: CÓDIGOS - CULTO - CULTURA - IGLESIA CATÓLICA - RELIGIÓN - ABOGADO - CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

(9) Con respecto a las escuelas católicas de titularidad diocesana y los poderes judiciales véase DI NICCO, JORGE A., *Otorgamiento de poderes judiciales en las escuelas católicas diocesanas*, ED, 262-515.

(10) Ello a tenor de los cánones 427, § 1°, y 428, § 1°, CIC.

(11) Conf. SANZ GONZÁLEZ, MARIANO, *Comentario al canon 184*, en *Código de Derecho Canónico. Edición bilingüe comentada*, 2001, pág. 111.

(12) Conf. BUNGE, ALEJANDRO W., *Las claves del código: el Libro I del Código de Derecho Canónico*, Buenos Aires, 2006, pág. 324.

(13) Véase DI NICCO, JORGE A., *La Asesoría Jurídica Diocesana. Propuesta de lege ferenda*, en *Anuario Argentino de Derecho Canónico*, n° 21, 2015, págs. 305/306.