



EL DERECHO

Director: Guillermo F. Peyrano

Consejo de Redacción:

Gabriel Fernando Limodio

Pablo María Garat

Luis María Caterina

Martín J. Acevedo Miño

Daniel Alejandro Herrera

Nelson G. A. Cossari

Diario de Doctrina y Jurisprudencia

Los ajustes razonables y la igualdad de derechos Orígenes, desarrollo y aportes para su exigibilidad plena

por CLAUDIO MARCELO ALDERETE(*)

Sumario: I. Introducción. – II. El origen de los ajustes razonables. a) Su aparición en los Estados Unidos. b) Su desarrollo en Canadá. c) La aplicación en los países europeos, los tribunales regionales y latinoamericana. – III. El concepto de “ajustes razonables”. – IV. Igualdad y no discriminación. a) Discapacidad, igualdad y no discriminación. – V. La exigibilidad de los ajustes razonables. a) La carga desproporcionada del ajuste en el plano de su exigibilidad general a la luz de los tratados internacionales. – VI. Legislar sobre los ajustes razonables. a) Legislar y sensibilizar. b) La formación académica y los aportes a futuro.

I Introducción

De modo preliminar, vale señalar que el concepto de “ajuste razonable” corresponde a una gran variedad de modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas del medio físico, social y actitudinal, con el objetivo de facilitar la participación de las personas con discapacidad (en adelante, PCD) en igualdad de condiciones que el resto, que no impongan una carga económica desproporcionada o indebida. Es decir que han sido establecidos como una herramienta ineludible a los fines de garantizar la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad.

En este marco, el presente trabajo hará una brevesena histórica de cómo fue el surgimiento y la conformación conceptual de los ajustes razonables, para luego intentar definir los elementos que lo conforman y su exigibilidad, teniendo en cuenta, además, su implicación en lo que hace al acceso a la justicia de las personas con discapacidad y la igualdad material que de ello resulta, a la luz de lo que dispone la Convención sobre los Derechos de las Perso-

nas con Discapacidad de Naciones Unidas⁽¹⁾ (en adelante, CDPD) y las Reglas de Brasilia sobre Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad⁽²⁾ (en adelante, Reglas de Brasilia), aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana.

Así, advirtiendo entonces que existe una relación inescindible entre lo que puede entenderse como ajuste razonable y el “acceso a la justicia”, el que claramente resulta ser un derecho en sí mismo y, a su vez, un medio que permite, o debe permitir, a las personas restablecer el ejercicio de aquellos derechos que les hubiesen sido desconocidos o vulnerados, se analizará su exigibilidad, esto es, la posibilidad cierta de que los individuos, en igualdad de condiciones, puedan reclamar, hacer valer sus derechos y su alcance, y eliminar así cualquier situación de desigualdad, discriminación, violencia, maltrato o abuso que estén sufriendo mediante la aplicación al caso específico de un ajuste razonable.

En otro orden de ideas, tratándose de un derecho humano fundamental e inalienable, también se habrán de considerar las diferentes alternativas que el Estado debe proveer o facilitar para la resolución de sus diferentes y variados conflictos. Este derecho representa un pilar fundamental en toda sociedad y está íntimamente relacionado con el principio constitucional de igualdad ante la ley.

Al respecto, es preciso recordar que en la Declaración y el Programa de Acción de Viena, aprobados por la II Conferencia Mundial de Derechos Humanos⁽³⁾ (Viena, 25-6-93), que potenciara los caracteres de universalidad, interdependencia e indivisibilidad de los derechos humanos, se establece que “debe hacerse un esfuerzo concertado para garantizar el reconocimiento de los derechos

(1) Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad de Naciones Unidas (CDPD). Tratado internacional de derechos humanos elaborado en el sistema de Naciones Unidas por un comité *ad hoc*, entre los años 2002 y 2006 (8 períodos de sesiones). Su texto fue aprobado por la Asamblea General el 13-12-06 (resolución 61/106) y abierto a ratificaciones por los Estados el 30-3-07. Entró en vigor el 3-5-08, luego de que se depositara el vigésimo instrumento de ratificación estatal. Con la misma fecha entró en vigor su Protocolo Facultativo, tras el depósito del décimo instrumento de ratificación. Argentina aprobó el tratado mediante la ley 26.378, sancionada el 21-5-08 y publicada en el Boletín Oficial el 9-6-08, y lo ratificó el 2-9-09. A la fecha, la Convención cuenta con 132 ratificaciones y su Protocolo Facultativo, con 77.

(2) Reglas de Brasilia sobre el Acceso a la Justicia de las Personas en Condición de Vulnerabilidad. Aprobadas por la XIV Cumbre Judicial Iberoamericana, en la que participaron las principales redes iberoamericanas de operadores y servidores del sistema judicial: la Asociación Iberoamericana de Ministerios Públicos, la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas, la Federación Iberoamericana del Ombudsman y la Unión Iberoamericana de Colegios y Agrupaciones de Abogados. Brasilia, 4 a 6 de marzo de 2008.

(3) Conferencia Mundial de Viena 1993.

económicos, sociales y culturales a nivel social, regional e internacional⁽⁴⁾.

La implementación efectiva de los modelos incorporados por la Convención –el modelo social de discapacidad y el modelo de derechos humanos– significa para los Estados la obligación de revisar la legislación y las prácticas para adecuar el sistema de protección local al sistema de protección internacional basado en los derechos humanos, en particular en la CDPD. En consecuencia, en este camino la formación y la capacitación continuas de los operadores del derecho adquieren una trascendencia fundamental, en tantos actores necesarios para hacer plenamente exigibles los derechos de las personas con discapacidad. Ello así, por cuanto un aspecto ha de ser la normativa y otro no menos importante la capacitación integral de los operadores respecto de los contenidos mínimos sobre el campo de la discapacidad, de lo contrario, se hace muy difícil contrarrestar prácticas y prejuicios sumamente arraigados en el imaginario social.

Lo expuesto da cuenta de que la obligación de los Estados no es solo negativa –de no impedir el acceso a esos recursos–, sino fundamentalmente positiva, de organizar el aparato institucional de modo que todos los individuos puedan acceder a esos recursos, para lo cual los Estados deben remover los obstáculos normativos, sociales o económicos que impiden o limitan la posibilidad de acceso a la justicia. De tal modo, vale citar inicialmente el art. 13 de la CDPD, en el que explícitamente se hace referencia al acceso a la justicia como tal y se establece que “los Estados Parte asegurarán que las personas con discapacidad tengan acceso a la justicia en igualdad de condiciones con las demás, incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad, para facilitar el desempeño de las funciones efectivas de esas personas como participantes directos e indirectos, incluida la declaración como testigos, en todos los procedimientos judiciales, con inclusión de la etapa de investigación y otras etapas preliminares”.

Efectivamente, el art. 13 de la CDPD exige a los Estados el deber de asegurar el “efectivo” acceso a la justicia para las personas con discapacidad en igualdad de condiciones con los demás, “incluso mediante ajustes de procedimiento y adecuados a la edad”.

En definitiva, la obligación de realizar ajustes razonables que nos impone la CDPC deviene en una construcción jurídica que tiene en miras la igualdad, haciéndose énfasis en todo aquel “ajuste o acomodo imaginable”, pues la posibilidad cierta de un trato diferente resulta muchas veces necesaria, en función de lograr una igualdad material o efectiva. Esta igualdad, en palabras de BOBBIO, “apunta a situar a todos los miembros de una determinada sociedad en las condiciones de participación en la competición de la vida, o en la conquista de lo que es vitalmente más significativo, partiendo de posiciones iguales”⁽⁵⁾.

(4) A/Conf. 157/24. Parte I, Cap. III.

(5) Bobbio, Norberto, *Igualdad y libertad*, trad. de P. Aragón, Barcelona, Paidós, 1993, pág. 78.

CONTENIDO

DOCTRINA

Los ajustes razonables y la igualdad de derechos. Orígenes, desarrollo y aportes para su exigibilidad plena, por Claudio Marcelo Alderete..... 1

JURISPRUDENCIA

Federal

Entidades Financieras: Infracciones bancarias: naturaleza; órganos ejecutivos; integrantes; responsabilidad; carácter; sanciones; *quantum*; redeterminación; procedimiento sumarial; nulidad; improcedencia; derecho de defensa; resguardo (CNCiv. y Com. Fed., sala II, febrero 21-2019)..... 5

Provincia de Buenos Aires

Código Civil y Comercial: Vigencia temporal. Clubes de Campo y Barrios Cerrados: Reglamentos internos: contenido; animales; daños causados por estos; normativa aplicable; violación reglamentaria; deber del administrador; reclamo judicial; omisión; responsabilidad del consorcio. Daños y Perjuicios: Deber de prevención: responsabilidad concurrente (C1^oCC San Isidro, sala I, febrero 1-2019) 5

Nota de Redacción: Sobre el tema ver, además, los siguientes trabajos publicados en El Derecho: *Discapacidad y seguridad social*, por Ludmila Andreá Vilar, EDFA, 80/-20; *La materialización de la igualdad de oportunidades de las personas con discapacidad*, por Andrea Bianchi Caruso y Claudio Jesús Santagati, ED, 258-272; *El rol del juez frente a las personas con discapacidad*, por Sergio Nicolás Jallí, EDFA, 83/-4; *Personas con discapacidad privadas de la libertad y arresto domiciliario*, por Carlos Enrique Liera, ED, 275-278; *Cobertura económica del diagnóstico prenatal y aborto de personas con discapacidad*, por Juan Bautista Eleta y Jorge Nicolás Lafferrère, ED, 278-931; *Consentimiento informado de las personas con discapacidad en tratamientos médicos*, por Nicolás Pildayn y Marina M. Sorgi Rosenthal, ED, 279-276. Todos los artículos citados pueden consultarse en www.elderecho.com.ar.

(*) Máster en Aspectos Jurídicos y Gestión de Recursos en Materia de Discapacidad, Universidad de Castilla-La Mancha. Máster en Igualdad de Género, Universidad de Castilla-La Mancha, España.

II

El origen de los ajustes razonables

El concepto jurídico conocido hoy como “acomodo o ajuste razonable” tiene su origen en la mitad de los años setenta, en Estados Unidos y Canadá, donde fue desarrollándose progresivamente y con aristas muy diversas en cada uno de los países citados, para luego expandirse al viejo continente y ser recepcionado por los ordenamientos jurídicos de otras naciones, e incluso en varias sentencias del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Las circunstancias iniciales que dieron lugar a la aplicación de esta técnica normativa distan mucho de la realidad actual, no obstante ello, se advertirá que el fundamento que da lugar a dicho concepto es la búsqueda de la igualdad en el plano material y no solo en lo formal, de allí la relación inmediata entre el concepto de ajustes y el colectivo de las PCD.

a) Su aparición en los Estados Unidos

En el país del norte se pueden citar dos hechos históricos relevantes en cuanto al origen del concepto de ajuste: el primero de ellos aparece en 1964, en clara respuesta a la diversidad cultural y religiosa, pues se sanciona la enmienda del título VII de la Civil Rights Act del año 1964⁽⁶⁾; y el segundo cuando, posteriormente, se aprueba la Equal Employment Opportunity Act de 1972, que tiene en miras la necesidad de derribar la discriminación en el mercado de trabajo y se comienza a aplicar en forma recurrente en los fallos de los tribunales de justicia.

Así, y a través de las normas citadas, se comenzó a exigir (en el campo de la discriminación religiosa) que el empleador probara que no podía adaptarse razonablemente a las prácticas religiosas de sus empleados sin sufrir una carga indebida, y luego, de manera análoga, comenzó a expandirse a otras circunstancias fácticas que ameritaban una respuesta en términos similares, en la medida en que lo que se requería era hacer un ajuste y abarcar así el campo de la discapacidad. Esto último iba a suceder, en términos normativos, con la aprobación de la Americans with Disabilities Act en 1990.

En síntesis, en un principio se requería que el empleador permitiera que sus empleados armonizaran sus actos religiosos con sus obligaciones laborales, para lo que debía el primero adecuar sus horarios o días para permitir el libre ejercicio de tales prácticas, salvo que ello le ocasionara una carga desproporcionada. Y para determinar si una carga era desproporcionada en las situaciones anteriormente indicadas, debían tenerse en cuenta, entre otras cosas, los costos de la medida, los efectos discriminatorios que podría suponer su no adopción y la estructura y características de la persona, entidad u organización que habría de ponerla en práctica, llevando a cabo el ajuste. Vale señalar que la vaguedad normativa de ese entonces tenía un costo inicial, pues dejaba abierta indefinidamente la posibilidad excusatoria en la mera invocación de costos desproporcionados por parte del empleador, aun cuando estos fueran eventuales y poco probables.

b) Su desarrollo en Canadá

Por su parte, en Canadá los “acomodos” aparecen inicialmente en pos de garantizar el derecho a la igualdad y prohibir, en consecuencia, las prácticas discriminatorias, lo que encuentra lugar normativamente en el cuadro de las leyes y cartas conocidas como “cuasi constitucionales”. Se introdujo en Canadá por vía jurisprudencial a partir de 1985, con la sentencia “Ontario Human Rights Commission y O’Malley c. Simpsons Sears Ltd.”, 17-12-85 del Tribunal Supremo⁽⁷⁾.

El caso versa respecto de una vendedora, miembro de la Iglesia Adventista del Séptimo Día, que solicita a su empleador no trabajar los sábados invocando que su práctica religiosa colisiona con su horario de trabajo. El Tribunal Supremo de Canadá reconoce inicialmente que el empleador tiene derecho a explotar su empresa los sábados. Pero, a su vez, advierte también que esta exigencia de

(6) USA National Archives. Disponible en <http://www.archives.gov/education/lessons/civil-rights-act/>.

(7) TSC, “Commission Ontarienne des droits de la personne et Theresa O’Malley (Vincent) c. Simpsons-Sears Ltd (1985) 2 RCS 536”. En su versión inglesa, “Human Rights Commission and O’Malley v. Simpsons Sears Ltd”. Esta sentencia suele ser citada de cuatro formas, como “Human Rights Comisión”, como “O’Malley”, otras con “Simpsons-Sears”, y otras como “Vincent”, que es el apellido de soltera de la señora O’Malley. Disponible en scc.lexum.org/fr/1985/1985rsc2-536/1985rsc2-536.html. Véase Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, *Fonder l’avenir. Le temps de la conciliation*, pág. 48.

“empleo normal” tiene efectos discriminatorios sobre esta empleada en razón de su práctica religiosa, es decir, en un caso en particular se daría un supuesto de discriminación. En consecuencia, dice, salvo “inconvenientes mayores” o una “carga excesiva” (*contrainte excessive o undue hardship*)⁽⁸⁾, el empleador no tiene derecho a impedirle practicar su religión. Como consecuencia debe de buscar el acomodamiento modificando los horarios de trabajo de la empleada. En síntesis, en esta sentencia se falló a favor de la recurrente obligando al empresario a indemnizarla.

Inmediatamente, esta técnica se fue expandiendo a diversas circunstancias y situaciones, en las que la noción de discriminación aparecía indisoluble a los acomodos, y estos justamente venían a poner fin a ese hecho disvalioso, consagrándose en términos normativos en la Carta Canadiense de Derechos y Libertades (art. 15)⁽⁹⁾ y en la Carta de Derechos y Libertades de Quebec (art. 10)⁽¹⁰⁾.

Finalmente, y hasta la actualidad, la técnica fue aplicándose jurisprudencialmente a la solución de cualquier acto discriminatorio, extendiéndose a otros actores y grupos considerados “vulnerables”. En los diversos fallos, se determinó la existencia de una obligación en los casos particulares de buscar soluciones, porque, en caso contrario, se produciría una discriminación indirecta en el ejercicio de un derecho fundamental. Así, en varias cuestiones que tenían como aspecto sustancial la discriminación por concepto de raza y religión, se fueron sucediendo sentencias en las que se aplicó la técnica de los ajustes o acomodo razonable, que se expandió hacia el colectivo de la discapacidad.

Tal fue el desarrollo que alcanzó dicho concepto (en algunos casos, con una elasticidad innecesaria en cuanto a la naturaleza y a la respuesta dada al conflicto) que se confeccionó el llamado Informe de la Comisión Bouchard-Taylor⁽¹¹⁾ (nombre de sus copresidentes), informe que resulta de gran utilidad para quienes pretendan seguir profundizando sobre tales aspectos, aun cuando este verse principalmente sobre la realidad multicultural de Canadá y en particular de Quebec.

c) La aplicación en los países europeos, los tribunales regionales y Latinoamérica

A nivel europeo, existe una rica jurisprudencia que fue implementando y perfeccionando la aplicación de los ajustes razonables, a fin de compensar situaciones de desigualdad manifiesta o, en otros casos, poner fin a situaciones discriminatorias⁽¹²⁾, y llegar, incluso, hasta los organismos regionales, como el Tribunal de Justicia de la Unión Europea y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, que han dictado sentencias recurriendo a tal concepto⁽¹³⁾.

(8) Este concepto se ha traducido al castellano de diversos modos, desde “molestia” o “carga excesiva” hasta “efecto perjudicial excesivo”, “carga indebida”.

(9) Carta Canadiense de Derechos y Libertades, disponible en <http://laws-lois.justice.gc.ca/fra/const/page-15.html>.

(10) Carta de Derechos y Libertades de Quebec.

(11) Informe de la Comisión de Consulta sobre las Prácticas de Ajustes Razonables relativas a las Diferencias Culturales. Comúnmente conocida como la “Comisión Bouchard-Taylor”. Fue creada el 8-2-07 por Jean Charest, primer ministro de Quebec, para examinar las cuestiones ligadas a los ajustes razonables consentidos sobre las bases culturales y religiosas en Quebec. La Comisión estuvo dirigida por el filósofo Charles Taylor y el sociólogo Gérard Bouchard. Su informe final fue entregado en forma pública el 22-5-08. La Comisión cerró su oficina el 18-6-08. En idioma inglés la cita originalmente expresa: “An arrangement that falls under the legal sphere, more specifically case law aimed at relaxing the application of a norm or a statute in favor of an individual or a group of people threatened with discrimination for one of the reasons specified in the Chart”, disponible en <https://www.mce.gouv.qc.ca/publications/CCPARDC/rapport-final-integral-en.pdf>, pág. 289.

(12) Pueden citarse, entre otros, “Takacs vs. Hungría. Medidas individuales para condicionar los cajeros automáticos 2010”. “Francesco Sessa vs. Italia. Ejercicio de la abogacía. Fijación de audiencia. Fecha festividad judía 2013” y “H. M. vs. Suecia. Desviación de plano urbano para construcción de pileta hidroterapéutica. 2012”.

(13) La sentencia del caso “Coleman” del Tribunal de Justicia de la Unión Europea es ilustrativa a este respecto; en ella el Employment Tribunal, London South de Reino Unido, presentó una consulta prejudicial que solicitaba aclarar ciertos aspectos relativos a la aplicación de la Directiva 2007/78/CE - Igualdad de trato en el empleo y la ocupación, relacionados con la discriminación directa por motivo de discapacidad; lo anterior ante la existencia del despido de una trabajadora que no era una persona con discapacidad, pero cuyo hijo sí lo era. Finalmente, se dijo que “una vía más sutil y menos evidente de atacar a una persona y socavar su dignidad y autonomía consiste en dirigirse no contra él, sino contra un tercero que está estrechamente vinculado con este”. La prohibición de discriminación no se circunscribe a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas. De lo cual se entendió que era menester realizar un ajuste razonable en el progenitor que tenía un hijo con discapacidad, de modo de armonizar sus obligaciones laborales con las propias del cuidado de su hijo.

En los Países Bajos se dieron diversos antecedentes sustanciales, entre los que puede citarse el caso de un estudiante con dislexia al cual la Escuela de Enfermería le denegó un tipo de prueba alternativo. Se determinó que existió discriminación, ya que la escuela no buscó pruebas alternativas (2014-169)⁽¹⁴⁾. En otro caso, a un empleado con discapacidad visual se le denegó un portátil de 23 pulgadas (2014-138)⁽¹⁵⁾. Por su parte, en Irlanda, donde la obligación de realizar las adaptaciones data desde 1998, en el caso “Harrington vs. Consejo de Salud de la zona Costa Este”⁽¹⁶⁾, se determinó que un usuario de silla de ruedas había sido discriminado por no considerarse un ajuste razonable que permitiera salvar tal desigualdad. Sucedió que la entrevista para el empleo se había realizado en un lugar inaccesible.

No menos importante ha sido el desarrollo de tal concepto en la jurisprudencia latinoamericana; pueden citarse, entre otros casos, el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos “Chinchilla Sandoval vs. Guatemala”⁽¹⁷⁾ o el del Tribunal Constitucional de Perú del año 2014, conocido como el fallo “Mercado Plaza Vea”⁽¹⁸⁾ y el derecho de los consumidores a ingresar con sus perros lazarillos a un supermercado. En igual sentido, la Corte Suprema de Justicia de México dictó en el año 2013 el primer fallo de lectura fácil en la región, al que después siguieron fallos similares en gran parte de la justicia argentina.

En igual sentido, lo resuelto por la CS⁽¹⁹⁾ en “Naranjo Emiliano c. Universidad de La Matanza s/amparo ley 16.986” plasma la obligación de los ajustes; no obstante ello, vale señalar que respetada doctrina ha cuestionado si esa obligación de adecuar la currícula educativa mediante ajustes razonables para un alumno con discapacidad motriz afecta el principio de autonomía universitaria receptado en el art. 75, inc. 19, de la CN⁽²⁰⁾. La cuestión cobra relevancia desde la óptica de los costos de la medida, como se verá más adelante cuando se analicen los elementos que conforman el ajuste razonable.

III

El concepto de “ajustes razonables”

La Convención Internacional sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad los define en su art. 2º como “las modificaciones y adaptaciones necesarias y adecuadas, que no impongan una carga desproporcionada o indebida, cuando se requieran en un caso particular, para garantizar a las personas con discapacidad el goce o ejercicio, en igualdad de condiciones con los demás, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales” (art. 2.4).

Por su parte, en el informe Bouchard-Taylor sobre Quebec, puede observarse que en su glosario el informe lo define del siguiente modo: “... a obligación de acomodar o ajustar es el deber que, en virtud del derecho, incumbe a los gestores de instituciones y de organizaciones públicas y privadas de evitar cualquier forma de discriminación tomando distintas medidas de armonización en la aplicación de ciertas leyes o de ciertos reglamentos”⁽²¹⁾.

En tanto que Luis Cayo Pérez Bueno, presidente del Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad (CERMI)⁽²²⁾, en un excelente trabajo sobre la cuestión, nos enseña que los ajustes razonables “constituyen un mecanismo de garantía del derecho a la igualdad de las personas con discapacidad, por cuanto permiten, en casos concretos, asegurarlos cuando el dispositivo genérico de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas cesa, no alcanza a la situación particular que experimenta la persona con discapacidad. Ante el fracaso garantista, valga la expre-

(14) Disponible en http://www.era-comm.eu/oldoku/Adiskri/07_Disability/HOUTZAGER_116DV37_ES.pdf.

(15) Ídem.

(16) Disponible en https://e-justice.europa.eu/content_member_state_case_law-13-ie-es.do?member=1.

(17) Ver www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_312_esp.pdf.

(18) Disponible en www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2014/02437-2013-AA.pdf.

(19) Corte Suprema de la Nación.

(20) III Jornadas sobre Discapacidad y Derechos, UBA, 28 y 29 de mayo de 2015, comentarios de Juan Seda, Director del Posgrado en Discapacidad y Derecho, acerca del fallo “Naranjo c. Universidad de La Matanza”.

(21) Informe de la Comisión Bouchard-Taylor, Glosario, pág. 289. También se recogen de modo más breve en el documento previo de consulta, págs. 41/44, sitio web: www.accommodements.qc.ca/documentation/document-consultation-en.pdf.

(22) CERMI. Comité Español de Representantes de Personas con Discapacidad es la plataforma de representación, defensa y acción de la ciudadanía española con discapacidad. Ver www.cermi.es.

sión, de la accesibilidad universal y del diseño para todas las personas, que ha de gozar de precedencia y preferencia, se despliegan los ajustes razonables, que aspiran a dotar de contenido y preservar el derecho concreto de la persona en situaciones particulares cuando el sistema de accesibilidad universal y de diseño para todos, resulta inoperante, bien porque no se ha extendido jurídicamente a todos los ámbitos posibles y con la intensidad máxima deseable, o bien porque no ha sido capaz de prever (y regular) todas las situaciones en que una persona con discapacidad puede hallarse, en su interacción con el entorno que la rodea, dotándolas de garantías de no discriminación y accesibilidad⁽²³⁾.

Del mismo modo expresa que deben entenderse como “la conducta positiva de actuación del sujeto obligado por norma jurídica consistente en realizar modificaciones y adaptaciones adecuadas del entorno, entendido en un sentido lato, a las necesidades específicas de las personas con discapacidad en todas las situaciones particulares que estas puedan encontrarse a fin de permitir en esos casos el acceso o el ejercicio de sus derechos y su participación comunitaria en plenitud, siempre que dicho deber no suponga una carga indebida, interpretada con arreglo a los criterios legales, para la persona obligada y no alcancen a la situación particular las obligaciones genéricas de igualdad, no discriminación y accesibilidad universal”.

Finalmente, reseña los elementos constitutivos en 1) conducta positiva de actuación de transformación del entorno (elemento fáctico de cambio); 2) transformación que ha de dirigirse a adaptar y hacer corresponder ese entorno a las necesidades específicas de las personas con discapacidad, en todas las situaciones concretas en que estas puedan hallarse, proporcionándoles una solución (elemento de individualización y satisfacción de las particularidades); 3) que surge en aquellos casos no alcanzados por las obligaciones generales de protección de los derechos de las personas con discapacidad (elemento de subsidiariedad); 4) estas adecuaciones no han de comportar una carga desproporcionada (elemento del carácter razonable) para el sujeto obligado; y 5) en todo caso su finalidad es la de facilitar la accesibilidad o la participación de las personas con discapacidad en análogo grado que los demás miembros de la comunidad (elemento de garantía del derecho a la igualdad).

Así, entonces, puede sostenerse que los ajustes razonables son medidas específicas cuyo fin es la aplicación de los parámetros de accesibilidad universal, en casos particulares específicos de adaptación del entorno construido o en el caso de inexistencia de normativa de obligado cumplimiento de aplicación de accesibilidad, pero que se adoptan cuando esta no es posible desde la previsión del diseño para todos, teniendo en consideración las necesidades específicas de una persona con discapacidad.

Asimismo, los elementos constitutivos expresados *ut supra* han de ser útiles a fin de analizar en cada caso en concreto si se dan o no y, en consecuencia, si determinados ajustes pueden exigirse y si guardan la razonabilidad debida para que ello suceda, sin perjuicio del margen de discrecionalidad propio de cada conceptualización, pero teniendo en cuenta, en todo caso, el principio *pro homine*, el cual, vale señalar, brindará un marco interpretativo favorable a las PCD.

IV Igualdad y no discriminación

Acaso dos de los pilares en los cuales puede sustentarse el fundamento de los acomodos razonables son el principio de igualdad y el de no discriminación, los cuales resultan inescindibles uno del otro.

Al respecto, obsérvese que, en cualquier normativa o acción apropiada para combatir la discriminación (basada en el sexo, raza u origen étnico, religión o creencia, discapacidad, edad u orientación sexual), se tiene como fin el principio de igualdad de trato. Ello se enfatiza en que la igualdad se configura como un principio fundamental del derecho internacional de los derechos humanos. Así, la igualdad y la no discriminación constituyen garantías de especial importancia y resultan trascendentales tanto en el moderno derecho internacional de los derechos humanos como en las constituciones de los Estados modernos.

Ambos conceptos han experimentado un progreso importante desde sus inicios, tanto en su tratamiento normativo como en los ámbitos doctrinales y principalmente jurisprudenciales.

Como paso previo, es preciso puntualizar que la igualdad presenta una triple función: como valor, como derecho y como principio⁽²⁴⁾. La igualdad como valor implica que esta dota de sentido y fundamento a la totalidad del ordenamiento jurídico, orientando la interpretación de las normas, constituyéndose como un límite infranqueable⁽²⁵⁾. Por su parte, la igualdad como derecho implica que las personas son iguales ante la ley, lo que les permite obtener un trato igual oponible a terceros⁽²⁶⁾.

Finalmente, la igualdad como principio –que presenta tanto una vertiente de *igualdad formal* como de *igualdad sustancial* o *material*–, esta función de la igualdad da sustento a la implementación de los ajustes razonables.

La dimensión del principio de igualdad, entendida inicialmente como *igualdad formal*, constituye el derecho de los ciudadanos de ser tratados de forma igualitaria, con ausencia de discriminaciones arbitrarias o por motivos que señalen las leyes respectivas, por lo que la igual dignidad de las personas resulta, de tal modo, el bien jurídico protegido por la norma. Esta *igualdad formal*, entendida también como paridad de trato, no obligaría, en principio, a los particulares, sino que los destinatarios de la normativa a que da origen el principio de igualdad son los poderes públicos en el ejercicio de sus funciones, quienes no pueden realizar discriminaciones arbitrarias.

Hoy en día no existen dudas de que el concepto de igualdad fue evolucionando a un concepto más amplio, y cobró relevancia el concepto de *igualdad sustancial* o *material* como dimensión del principio de igualdad. Conforme a ello, el Estado es el llamado a establecer las condiciones necesarias a fin de posibilitar una igualdad *real* entre las personas en una dimensión colectiva, eliminando las barreras que impiden el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades de las personas, a través de medidas estructurales, legales o de políticas públicas.

En efecto, se busca que los poderes públicos no se limiten al respeto del principio de igualdad en su sentido formal, sino que adopten medidas positivas a fin de lograr una igualdad efectiva, incluso aquellas que siendo aparentemente discriminatorias promuevan una igualdad de oportunidades respecto de un colectivo históricamente desfavorecido, y vaya si las PCD lo son, y en todos los ámbitos sociales. Es justamente con esta nueva concepción de igualdad superadora del plano formal, que surge el *derecho a no ser discriminado*, que deja de lado el carácter general de la igualdad, pasando a un ámbito más específico y concreto.

La prohibición de la discriminación, íntimamente relacionada con el principio de igualdad, permite reforzar la igualdad material a fin de conseguir una igualdad de trato, cuya consecuencia sea el pleno goce de los derechos por parte de todas las personas. El desarrollo de mecanismos antidiscriminatorios –sean estos legislativos, doctrinales o jurisprudenciales– ha traído como consecuencia la extensión en términos conceptuales de lo que se entiende por discriminación, y que dio lugar a distintas y novedosas formas de esta, como es el caso de la discriminación indirecta o la discriminación por asociación que se plasmara en el antecedente “Coleman”⁽²⁷⁾.

a) Discapacidad, igualdad y no discriminación

Vistas las breves referencias a los principios de igualdad y no discriminación, podemos ver cómo convergen tales conceptos en el campo de la discapacidad, de lo que resulta que la discriminación por razón de discapacidad en términos normativos es muy reciente y que se recepciona inicialmente en lo relativo al ámbito laboral, para luego ir extendiéndose a las demás esferas sociales.

Un ejercicio muy útil que nos permitirá ubicarnos en qué contexto analizamos estas cuestiones es el de preguntarnos en qué ámbito las personas con discapacidad no encuentran obstáculos, es decir, cuál esfera social resulta ser aquella en la que las PCD se encuentran en plena igualdad de condiciones con los demás. A poco que busquemos, fácil será advertir que no existe, o resulta sumamente difícil encontrar, una actividad social en la cual no se necesiten ajustes, no se adviertan tratos disvaliosos o discriminatorios.

(24) de Ásis Folg, Rafael - Campoy Cervera, Ignacio - Benítez Echea, María A., *Derecho a la igualdad y a la diferencia: Análisis de los principios de no discriminación, diversidad y acción positiva*, en *Tratado sobre discapacidad*, Rafael de Lorenzo García y Luis C. Pérez Bueno (dirs.), Pamplona, Aranzadi, 2007, pág. 119.

(25) *Ibidem*, pág. 120.

(26) *Ibidem*, pág. 127.

(27) Fallo “Coleman”, disponible en curia.europa.eu.

NOVEDADES



María Elisa Petrelli
(coordinadora)

MANUAL DE DERECHO DE FAMILIA

Segunda edición

El Derecho
2019
454 páginas
ISBN 978-987-3790-84-3

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177
Compra online: ventas@elderecho.com.ar
www.elderecho.com.ar

De allí que en la discriminación por discapacidad se pueden observar dos aspectos, uno de ellos es una *vertiente negativa*, consistente en la prohibición de discriminación por motivos de la discapacidad en aras de la igualdad de trato, y la segunda, una *vertiente positiva*, por la cual se impone la obligación de adoptar los ajustes razonables o las acciones positivas pertinentes.

Y en este orden de ideas, a la luz de la CDPD se puede notar dos tipos distintos de discriminación por discapacidad. El primero de ellos, relacionado con la *prohibición de discriminación por discapacidad*, de forma tal que habrá discriminación si se realizan diferencias basadas en elementos característicos del colectivo desfavorecido. El segundo guarda relación con la *obligación de adoptar ajustes razonables*, de modo que estaremos en presencia de una discriminación cuando el destinatario de la norma se niegue a la realización de dichos ajustes requeridos.

Precisamente, la CDPD reconoce ambas formas de discriminación al entender por esta última por motivos de discapacidad cualquier distinción, exclusión o restricción por motivos de discapacidad que tenga el propósito o el efecto de obstaculizar o dejar sin efecto el reconocimiento, goce o ejercicio, en igualdad de condiciones, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales en los ámbitos político, económico, social, cultural, civil o de otro tipo. Incluye todas las formas de discriminación, entre ellas, la denegación de ajustes razonables.

Así, en el modelo social de discapacidad, plasmado en la CDPD, se puede ver el modo en que convergen la prohibición de ambas formas de discriminación como una evidente manifestación de la igualdad sustancial en el campo de la discapacidad.

V La exigibilidad de los ajustes razonables

a) La carga desproporcionada del ajuste en el plano de su exigibilidad general a la luz de los tratados internacionales

Entre los requisitos propios del ajuste, hemos visto que este en el plano individual no debe imponer una carga desproporcionada al sujeto obligado, cuestión esta que puede relacionarse, cuando estamos frente al Estado como sujeto obligado, con el costo presupuestario al que remiten algunos textos normativos y la posibilidad de que invoquen falta de recursos para eximirse de determinadas obligaciones. O, por el contrario, el costo puede versar sobre aspectos que no son presupuestarios, sino de otra índole, por ejemplo, la afectación o no a la autonomía universitaria, como señalamos respecto del fallo “Naranja”.

En este punto hay que tener en cuenta, como sostiene ARANGO, que cada derecho social tiene sus especificidades y no es lo mismo el problema del derecho a la seguridad social en el trabajo que el problema de la alimentación o el del agua o el de la educación. Cada derecho social es un universo con sus especificidades, y es importante estudiar detenidamente cada uno de ellos⁽²⁸⁾. No obstante ello, no hay “derechos gratuitos” y “derechos caros”: todos los derechos tienen un costo y ameritan una estructura estatal que, al menos, los proteja de las posibles violaciones per-

(28) arango, Rodolfo, *El concepto de los derechos sociales fundamentales*, Bogotá, Legis y Universidad Nacional, 2005, pág. 9.

(23) Pérez BuEno, Luis C., *La configuración jurídica de los ajustes razonables*, disponible en <http://convenciondiscapacidad.es>.

petradas por terceras personas. GERARDO PISARELLO⁽²⁹⁾ lo ejemplifica con las siguientes palabras: "... todos los derechos fundamentales pueden caracterizarse como pretensiones híbridas frente al poder: positivas y negativas, en parte costosas y en parte no costosas. El derecho a la libertad de expresión, en efecto, no solo supone la ausencia de censura sino también la construcción de centros culturales y plazas públicas, la subvención de publicaciones, la concesión de espacios gratuitos en radios y televisiones o una regulación general que garantice el pluralismo informativo. El derecho de propiedad se garantiza no solo mediante la ausencia de interferencias estatales arbitrarias sino también mediante la creación de registros inmobiliarios o a través de la financiación estatal de tribunales, jueces y funcionarios que puedan asegurar el cumplimiento de los contratos. El derecho de voto comporta la puesta en marcha de una compleja infraestructura de personal y de material que en ningún caso carece de repercusiones económicas. Incluso el derecho a no ser torturado exige el mantenimiento de centros de detención adecuados y cuerpos policiales formados en principios garantistas. Del mismo modo, el derecho a la salud no solo exige el otorgamiento estatal de medicinas gratuitas o a bajo precio sino también la no contaminación de un río o la no comercialización de productos alimenticios en mal estado. El derecho al trabajo no solo comporta el acceso a un empleo digno sino también la prohibición de despidos ilegítimos. El derecho a una vivienda adecuada no solo supone la provisión de viviendas de protección oficial sino también el cumplimiento de otras obligaciones estatales no necesariamente costosas: desde el reconocimiento de seguridad jurídica en la tenencia o la interdicción de las cláusulas abusivas en los contratos de alquiler, hasta la derogación de preceptos discriminatorios en las leyes urbanísticas o la prohibición de desalojos arbitrarios".

Desde esta perspectiva, la obligación establecida en el art. 2.1 del Pacto Internacional de Derechos Sociales, Económicos y Culturales consistente en destinar "el máximo de los recursos de que disponga" a la realización de los derechos establecidos en el propio pacto, significa que los recursos del Estado, así sean insuficientes para la satisfacción completa de un derecho, deben ser empleados para dar cumplimiento al contenido del pacto.

La misma obligación genera para los Estados parte la carga de la prueba, a fin de demostrar que, en efecto, se han empleado "todos los recursos disponibles" para cumplir con los objetivos del pacto en el plazo más breve posible. Es decir, la falta o insuficiencia de recursos no debe tomarse como una verdad *prima facie*, sino que debe de ser acreditada por el Estado. Asimismo, la obligación de destinar el máximo de los recursos disponibles cobra mayor énfasis cuando un país se encuentra en período de "ajuste estructural" o pasando por una crisis económica, pues los derechos fundamentales están vigentes en todo tiempo. En períodos de crisis los Estados, cuando menos, deben asegurar las mejores condiciones posibles para los grupos más desaventajados: "... aun en tiempos de limitaciones graves de recursos causadas por el proceso de ajuste, de recesión económica o por otros factores, se puede y se debe en realidad proteger a los miembros vulnerables de la sociedad mediante la adopción de programas de relativo bajo costo" (OG 3, párr. 12). Verbigracia: vale el análisis de lo acontecido sobre las pensiones por discapacidad en el transcurso del año 2018 a nivel nacional y las resoluciones favorables en el ámbito judicial⁽³⁰⁾.

Claramente, la cuestión del costo económico, sea en el plano individual o en el plano general, debe ser analizada desde una perspectiva que pondere fundamentalmente el ajuste razonable como lo que es, es decir, la última instancia posible para garantizar, en el caso concreto, una igualdad plena, o, siendo imperfectos, lo más plena posible, pues de lo contrario el costo recaerá sobre la persona que requiera y le sea negada dicha garantía de igualdad.

Así, aun cuando muchas de las citas de los autores antes mencionados son respecto de los derechos sociales, ello debe interpretarse a la luz de la posibilidad cierta de la técnica de los ajustes como una vía idónea para garantizar el acceso a tales derechos (y a cualquier otro) y la posibilidad plena de su efectivo goce.

(29) Pisarello, Gerardo, *Vivienda para todos: un derecho en (de) construcción. El derecho a una vivienda digna y adecuada como derecho exigible*, Barcelona, Icaria, 2003, págs. 29/30.

(30) Ver http://www.reli.org.ar/index.php?file=Prensa/Comunicados/2018/18-09-20_Sentencia-de-primera-instancia-sobre-pensiones-no-contributivas.html.

VI Legislar sobre los ajustes razonables

Un aspecto trascendental ha de ser, actualmente, la necesidad de implementar la accesibilidad universal y sus dispositivos –incluidos los ajustes razonables– en las legislaciones internas, de modo tal de ir estableciendo así pautas cada vez más claras respecto de la consideración de los elementos que los conforman, del modo en que han de interpretarse en los casos concretos (pro persona y no pro economía de costos), de quiénes son los sujetos obligados, quiénes los beneficiarios, entre otras tantas cuestiones.

La regulación de los ajustes razonables no debe ser solo objeto de tratamiento en las leyes generales sobre discapacidad, sino que amerita una mirada transversal sobre todo el universo normativo, teniendo en cuenta que, en definitiva, se trata, ni más ni menos, de una garantía del principio de igualdad, y deben establecerse, además, los recursos necesarios para garantizarlos y las debidas sanciones en caso de incumplimiento, al señalarse que estas no deben agotarse en meros apercibimientos, sino que, teniendo en cuenta que han de ser un instrumento de concientización, deberían ser tan intensas que incidieran sobre la voluntad de ir dejando de lado prácticas discriminatorias basadas en el desconocimiento y justamente en la ausencia de sanciones.

De algún modo, la imposición de sanciones a título ejemplificativo implica también una forma de ir concientizando.

El aspecto normativo no debe agotarse en algunos derechos, sino que debe contemplar todo ese universo normativo del que el ser humano se nutre en su vida social, sean estos derechos civiles, políticos, sociales, culturales, desde el ejercicio de la maternidad por parte de una PCD hasta el cumplimiento de una condena penal y el modo de ver en cada una de estas circunstancias la posibilidad cierta de aplicar los ajustes.

Respecto del contenido de los ajustes, como señala PALACIOS RIZZO, se podría entender que cabrían dos formas de dotarlos de ese contenido⁽³¹⁾: la primera sería entender que los contenidos de los ajustes razonables han de quedar normativamente indeterminados, y, en este sentido, al exigirse su cumplimiento, habrá que tener presentes los principios de proporcionalidad y razonabilidad al entrar en consideración otros criterios. Pero también podría ser que la normativa especificase –tal como lo establecen ciertas legislaciones, por ejemplo, de manera no taxativa– la posibilidad de contenidos concretos del ajuste razonable en los diferentes ámbitos, que se entiende que son necesarios en determinadas situaciones para garantizar la accesibilidad universal. Las dos formas son posibles, pues, aun cuando una de ellas deje un marco de posibilidades abierto sin poder determinar exactamente un ajuste, ello no ha de ser propio de esa norma, sino que está implícito en el acontecer social y en la adecuada aplicación de las normas al caso concreto, lo cual implica dejar en el exegeta su debida aplicación.

a) Legislar y sensibilizar

Un aspecto que no resulta menor tiene que ver con la toma de conciencia a la que refiere la Convención en su art. 8º, pues la adopción de medidas como las que allí se consignan habrá de incidir positivamente en la aplicación efectiva de las normas vigentes y las que a futuro puedan sancionarse respecto de los ajustes razonables y de cualquier otra iniciativa normativa que tenga como fin garantizar los derechos de las PCD en una sociedad más justa.

Al respecto, vale observar, a modo de ejemplo, lo que podría acontecer en nuestro país en el ámbito laboral si algún padre/madre con un hijo con discapacidad pretendiera adecuar sus horarios o actividades, siguiendo el criterio establecido en el fallo "Coleman"⁽³²⁾. No solo no es muy difícil imaginar las respuestas posibles de los empleadores, sino tampoco las de los propios compañeros de trabajo, los cues-

(31) Palacios Rizzo, Agustina, *El derecho a la igualdad de las personas con discapacidad y la obligación de realizar ajustes razonables*, en *Los derechos de las personas con discapacidad: Perspectivas sociales, jurídicas y filosóficas*, Ignacio Campoy Cervera (coord.), Madrid, Dykinson, 2004.

(32) Fallo "Coleman", 17-7-08: Hijo recién nacido con discapacidad; madre despedida porque, como cuidadora principal, tenía que dedicarle tiempo al hijo. ¿La Directiva protege contra la discriminación por motivos de discapacidad solo a las propias PCD? Discriminación por asociación. Allí se dijo entre otras cuestiones que "una vía más sutil y menos evidente de atacar a una persona y socavar su dignidad y autonomía consiste en dirigirse no contra él, sino contra un tercero que está estrechamente vinculado con este". La prohibición de discriminación no se circunscribe a aquellas personas que sean ellas mismas discapacitadas, disponible en curia.europa.eu.

tionamientos éticos y morales a los que quedarían expuestos esos progenitores. La posibilidad cierta de imputarles, de modo disvalioso, a esos progenitores la utilización de las circunstancias personales de sus hijos para la obtención de beneficios es casi una certeza, propia de una sociedad que tiene una mirada acotada sobre la discapacidad y su acontecer social. En consecuencia, es claro que tales situaciones, a más de salvaguardarse por una legislación que trate aspectos más profundos sobre los ajustes razonables y quiénes son los sujetos que pueden exigirlos, por ejemplo, bien pueden y deben ir acompañadas de una toma de conciencia que vaya derribando prejuicios no solo sobre las propias PCD, sino también sobre quienes están al cuidado de estas.

En la obligación de legislar que surge del tratado no pueden depositarse todas las esperanzas para derribar las prácticas obsoletas y discriminatorias respecto de las PCD, la legislación debe ir acompañada necesariamente de la toma de conciencia, que de alguna manera ha de considerarse una obligación de los Estados parte para facilitar la aplicación de políticas públicas en el campo de la discapacidad y hacer, así que tales frutos aparezcan en un futuro mucho más inmediato.

b) La formación académica y los aportes a futuro

Otra cuestión que nos parece fundamental, en pos de ir incorporando no solo los ajustes razonables sino, además, los conceptos mínimos sobre el campo de la discapacidad, tiene que ver con la formación en los distintos niveles del sistema educativo, teniendo en cuenta, además, que en la última etapa de dicho sistema, esto es, la universidad, la necesidad de inclusión de materias sobre accesibilidad y discapacidad en la formación curricular no debe ser materia exclusiva solo de las titulaciones que tengan competencia en esta temática, sino que su abordaje debe ser más integral.

Nos explicamos: en el contexto actual las políticas universitarias en Argentina se limitan, en general, a promover líneas de actuación identificadas con la accesibilidad y diseño para todos solo en la formación curricular de determinadas carreras, y es Arquitectura, acaso, aquella titulación en la que la materia en cuestión resulta incuestionable por la implicancia que esta tiene en el diseño de los espacios, edificios y urbanizaciones futuras, en tanto que en derecho su abordaje se advierte en la mirada tutelar que existió sobre la discapacidad y los modos que el Estado tenía y tiene para su protección (curatela, interdicción, etc.).

No obstante ello, lo que acontece en la Universidad de Buenos Aires, más precisamente en la Facultad de Derecho y Ciencias Sociales⁽³³⁾, es un claro ejemplo de la importancia que la formación curricular ha de tener en otras titulaciones no solo de grado, sino también de posgrado, y los aportes y beneficios que se dan al campo de la discapacidad. Al respecto, dicha institución cuenta con una interesante oferta de cursos y programas en materia de discapacidad, así como también un acceso específico en su página web, en la que se pueden obtener artículos y jurisprudencia sobre la temática, además de realizarse año tras año las Jornadas sobre Discapacidad y Derechos y tener vigente como formación de posgrado el Programa de Actualización en Discapacidad y Derechos, que incluso ha sido replicado con éxito en otras provincias, lo que llevó así una formación de excelencia a lugares alejados de la Ciudad de Buenos Aires.

Esto da cuenta de que, a nuestro entender, la formación universitaria debe incluir, en la mayor parte de las titulaciones, aspectos sobre la discapacidad, lo que les permitirá a los futuros profesionales contar con elementos mínimos que les permitan adecuar sus prácticas, procedimientos, abordajes y demás respecto de la atención a personas con discapacidad. ¿Acaso un odontólogo/a, ginecólogo/a cuenta hoy con la formación específica para atender a niño/as, adolescentes o adultos con discapacidad? ¿Su abordaje solo implica contar con las herramientas técnicas necesarias o conlleva además la necesidad de un trato adecuado e, incluso, de ajustes razonables que cada caso amerite? La respuesta cae de madura, no obstante, la realidad demuestra que muchas profesiones hoy no cuentan con la formación específica que permita a sus profesionales acercarse al campo de la discapacidad sin temores, y son excepcionales aquellos que tienen una formación curricular de posgrado, y excesiva la demanda laboral a la que luego quedan expuestos, justamente por tratarse de excepciones.

Coincidimos con NAVARRO CANO, quien sostiene que "hay un factor esencial que justifica la inclusión de es-

(33) Ver www.derecho.uba.ar, Programa Universidad y Discapacidad.

tas asignaturas en las titulaciones universitarias, se trata de la gran demanda social y la necesidad de disponer de profesionales expertos en materias de accesibilidad y discapacidad. Es importante, en la nueva estructura de los estudios universitarios, es decir grado, posgrado y doctorado, que se incorpore en los distintos niveles la formación en accesibilidad y discapacidad, que garantiza disponer en el futuro de profesionales especialistas en la materia. Ha generado discusión, fijar en qué etapa de la formación académica del alumno se debe incorporar la asignatura de accesibilidad, se constata que lo habitual es que se incorpore como materia optativa en todos o en alguno de los niveles académicos. Hay determinadas opiniones que justifican la inclusión de la formación en accesibilidad y discapacidad en el desarrollo del Proyecto Fin Carrera (PFC). Esta situación se considera inadecuada, ya que el objetivo del PFC es aplicar los conocimientos adquiridos en su formación académica en un proyecto final, circunstancia que no se justifica si en ninguna etapa de sus estudios se han impartido asignaturas con contenidos en esta materia”⁽³⁴⁾.

El concepto de ajuste razonable ha de aparecer cuando la garantía de accesibilidad y diseño para todos no ha de resultar suficiente, pero para ello, para que sea posible todo ajuste imaginable y en cualquier ámbito social, se requiere conocer mínimamente de qué se trata, de tal modo que cada profesional, independientemente de cuál es su actividad principal, pueda acercarse a soluciones posibles e imaginables, sea en el ámbito del derecho, la arquitectura, la pediatría o tantas otras profesiones, pues ello permitirá un abordaje interdisciplinario que habrá de favorecer al colectivo de las personas con discapacidad; va de suyo, entonces, que la universidad debe doblar sus esfuerzos en la formación curricular del alumno en materia de discapacidad y accesibilidad.

VOCES: CONSTITUCIÓN NACIONAL - DERECHOS Y GARANTÍAS CONSTITUCIONALES - PERSONA - DISCAPACITADOS - TRATADOS Y CONVENIOS - DERECHOS HUMANOS - DERECHO COMPARADO - JUSTICIA

(34) Navarro Cano, NIEVES y otros, *Nuevos retos de futuro para la Universidad: La integración de asignaturas sobre discapacidad y accesibilidad universal en la formación curricular de las titulaciones actuales*, disponible en <https://web.ua.es/es/ice/jornadas-redes/documentos/2013-comunicaciones-orales/335237.pdf>.



1 – Las infracciones a las normas bancarias no revisten naturaleza penal, pues los principios del derecho penal no resultan de aplicación en el esquema de control cuya custodia la ley ha delegado en el Banco Central al colocarlo como eje del sistema financiero.

2 – En materia bancaria, las responsabilidades penales, civiles y administrativas, aun surgidas o analizadas a la luz de los mismos hechos, presentan diferencias sustanciales, lo que lleva a un diferente juzgamiento, por distintas autoridades legalmente instituidas para cada uno de esos cometidos. En el proceso penal se imputa la comisión de delitos tipificados en el Código Penal de la Nación, en el que la entidad financiera puede servir de móvil y su operatoria puede constituir el marco para producir su consumación; pero la existencia o inexistencia de responsabilidad en ese ámbito será determinada de acuerdo con los principios que lo informan, las normas que lo rigen, los bienes jurídicos que tiende a proteger, por medio de los mecanismos de esa legislación y los órganos estatales instituidos constitucional y legalmente para esa función.

3 – Puesto que las personas o entidades regidas por la Ley de Entidades Financieras conocen de antemano que, por la naturaleza de la actividad y su importancia económico-social, se hallan sujetas al poder de policía financiero y bancario del Banco Central, y su responsabilidad se ve comprometida toda vez que se verifican infracciones cuya comisión ha sido posible por su realización deliberada, o por su aceptación, tolerancia o negligencia, aunque sea con un comportamiento

omisivo, salvo que invoquen o demuestren la existencia de alguna circunstancia exculpativa válida, cabe concluir que los argumentos de los recurrentes tendientes a cuestionar la resolución sancionatoria motivo de autos sobre la base de que se habría configurado un supuesto de responsabilidad objetiva violatorio del principio de culpabilidad son inatendibles. Ello, en la medida en que no se hacen debido cargo de que la imputación efectuada se corresponde con los particulares parámetros con que deben evaluarse las responsabilidades derivadas del accionar ilegítimo de un ente social.

4 – La inexistencia de perjuicio es indiferente para tener por configurada la infracción a la obligación de informar oportunamente la designación de nuevas autoridades electas, en la medida en que las sanciones que el Banco Central aplica por infracciones a la Ley de Entidades Financieras, a sus normas reglamentarias y a las resoluciones que dicte en ejercicio de sus facultades persiguen evitar o corregir conductas que constituyan un apartamiento de las reglas a las que debe atenderse estrictamente la actividad de los intermediarios financieros, con prescindencia de las eventuales consecuencias que pudieran derivarse de aquella.

5 – No basta para eximir de responsabilidad a los integrantes de los órganos ejecutivos de una entidad financiera la mera alegación de ignorancia, por lo que resultan sancionables quienes, por omisión, aun sin actuar materialmente en los hechos, no desempeñaron su cometido de dirigir y fiscalizar la actividad desarrollada por aquellos y coadyuvaron de ese modo, por omisión no justificable, a que se configuraran los comportamientos irregulares.

6 – Si bien las sanciones previstas en la ley 21.526 son impuestas por un órgano estatal altamente especializado en la complejidad técnica de su competencia, de cuyo pronunciamiento solo cabría apartarse por razones de arbitrariedad, cabe considerar que, en el caso, las conductas imputadas, por sus características, no configuraron hechos susceptibles de apreciación pecuniaria y, en razón de ello, ponderar la “magnitud de la infracción” tomando como parámetro el monto total de la operación no resulta razonable, por lo cual corresponde revocar el monto de las sanciones estimadas respecto del banco recurrente, de sus directores y de su gente, y ordenar que el Banco Central las redetermine en su sede. Máxime cuando este último reconoció la imposibilidad de determinar el beneficio obtenido por la entidad y sus funcionarios y el perjuicio ocasionado a terceros.

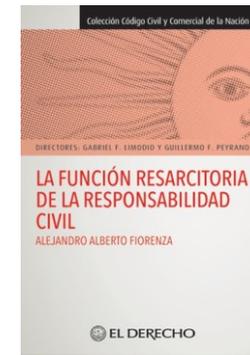
7 – A pesar de que, en el caso, la materialidad de las infracciones debe ser confirmada, se impone revocar el monto de las sanciones estimadas respecto del banco recurrente, de sus directores y sus gerentes, y ordenar que el BCRA las redetermine en su sede, pues no resulta óbice para justificar la ausencia de fundamentación el hecho de que se trata del ejercicio de potestades discrecionales, las que, por el contrario, imponen una observancia más estricta de la debida motivación que permita verificar su razonabilidad.

8 – No se advierte en autos un menoscabo del derecho de defensa de los recurrentes que habilite a acoger los agravios relativos a la nulidad del procedimiento sumarial; máxime si se tiene en cuenta que el ejercicio de este derecho ante esta sede judicial sanea la existencia de cualquier hipotético defecto que hubiera podido existir durante el trámite del sumario administrativo. R.C.

60.95 – CNCiv. y Com. Fed., sala II, febrero 21-2019. – Banco Hipotecario S.A. y otros c. Banco Central de la República Argentina s/entidades financieras - ley 21.526 - art. 42. (Consúltese el texto de la sentencia en www.elderecho.com.ar).

1 – Para determinar el derecho aplicable al caso, cabe tener presentes los hechos relatados por las partes, el tiempo en

NOVEDADES



COLECCIÓN CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL DE LA NACIÓN

Alejandro Alberto Fiorenza

LA FUNCIÓN RESARCITORIA DE LA RESPONSABILIDAD CIVIL

El Derecho

2018

502 páginas

ISBN 978-987-3790-82-9

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177

Compra online: ventas@elderecho.com.ar

www.elderecho.com.ar

que ocurrieron y los términos en que la situación tuvo lugar, así como también la incidencia que en el caso tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación.

2 – En el caso resulta aplicable la ley en vigor al momento en que ocurrió el hecho y se produjo el perjuicio, es decir, el Código Civil, toda vez que la obligación de repararlo nació en el tiempo en que las partes debieron adecuar sus conductas a las normas vigentes a esa fecha. A su vez, el atribuido incumplimiento a las obligaciones correspondientes al consorcio codemandado se habría producido durante la plena vigencia del cuerpo legal ahora derogado.

3 – Para facilitar la convivencia pacífica dentro de los edificios o de barrios cerrados, se sancionan los llamados reglamentos internos, los cuales determinan pautas de vida, restricciones, prohibiciones y deberes de aquellos, consorcistas o terceros, que de alguna manera lo habiten o transiten. Con frecuencia se insertan cláusulas relativas a la tenencia de animales y sanciones específicas en el caso de que aquel ocasione algún perjuicio o molestia, como ocurre en el presente.

4 – En atención a la época en que ocurrieron los hechos objeto de la causa, resulta de aplicación el art. 1124 del cód. civil, el cual preveía que el dueño del animal que por cualquier motivo alterara la tranquilidad y vida de otros consorcistas debía responder por el perjuicio que ocasionara, y es complementado con el art. 6° de la ley 13.512, normativa esta última a la que se hallaba sometido el consorcio de propietarios del barrio cerrado codemandado.

5 – El art. 6° de la ley 13.512 menciona actos contrarios a la moral y buenas costumbres, pero también contrarios a los fines previstos en el reglamento de copropiedad, como perturbar de cualquier manera la tranquilidad. Y el art. 15 del ordenamiento legal citado dispone que ante las violaciones a aquel se realizará la denuncia ante el juez competente y, acreditada la transgresión, entre otras sanciones, se procederá a hacer cesar la infracción.

6 – Si la violación consiste en la tenencia de un animal doméstico prohibida, también se trata de una infracción a la ley 13.512 y al reglamento de copropiedad.

7 – Si los consorcistas infringen el reglamento interno al poseer perros y provocan serias molestias que alteran la tranquilidad de la que tienen que gozar los demás vecinos, corresponde condenarlos a excluirlos de sus unidades, bajo apercibimiento de las aplicaciones de las sanciones que establece el art. 15 de la ley 13.512.

8 – La obligación de cumplir y hacer cumplir el reglamento se encuentra en cabeza del administrador en representación del consorcio, quien debe custodiar los bienes comunes, velar por la tranquilidad y tratar de evitar daños y problemas en la propiedad horizontal. Sin embargo, a diferencia de cualquier otra persona jurídica, carece de poder disciplinario, y cualquier tipo de infracción requiere que se proceda por vía judicial a efectuar el reclamo pertinente. Cuando lo considere necesario, puede decidir ir a la justicia sin necesidad de requerir mandato especial, ya que la propia ley no solo lo faculta, sino que lo obliga (art. 15). También tiene ese derecho el consorcista afectado, cuando acredite el daño que le ocasionó la actitud violatoria a los normas.

9 – En el caso en el que quedó probada la responsabilidad del propietario del animal nombrado como raza peligrosa, que ingresó al jardín de un vecino del barrio cerrado en el que

ambos habitaban y mató al perro de este último de raza Yorkshire, también ha mediado falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación contractual asumida por el consorcio en el reglamento de copropiedad y el complementario de convivencia. Ello es así, pues el consorcio tenía conocimiento de la presencia de dicho animal en el barrio desde un año antes del incidente, sabía de su agresividad e infracción y ya lo había sancionado con la expulsión, sin embargo, no constató ni vigiló que se efectivizara el retiro o si persistía la violación al reglamento interno, como si lo hizo luego del ataque por el cual se reclama en la causa; es decir, que no efectuó suficientes gestiones para lograr el cumplimiento de la medida que le impuso al propietario del perro agresor ni denunció la infracción en sede judicial o administrativa. Debió prever que podía impactar en la comunidad de manera directa tal como ocurrió, y no cabe duda de que, a partir de esta actitud indiferente, derivaron los daños y perjuicios por los que se reclama y por ello debe cargar con las consecuencias que su negligencia acarreo.

10 – La accionada no consideró el alcance de la obligación de evitar un daño con su conducta, la que ya se hallaba implícita en el Código Civil, en cuanto imponía la obligación de reparar los daños ocasionados. En la actualidad ese deber de prevenir el daño se encuentra previsto de modo expreso (art. 1710, cód. civil y comercial de la Nación).

11 – Al haber constatado el consorcio codemandado con anterioridad al hecho la presencia de un perro de propiedad del dueño del lote codemandado de raza peligrosa y prohibida en el barrio –según el reglamento interno del barrio y la ley 14.107–, y que había manifestado su agresividad con otros copropietarios, que deambulaba por la vía pública suelto y sin cuidador, debió extremar todos los recaudos para hacer efectiva la medida de expulsión que había impuesto, a través de los medios legales previstos en la Ley de Propiedad Horizontal 13.512 y en la ley provincial 14.701, a fin de evitar las consecuencias dañosas motivo de autos. Por otra parte, al no haberse probado que el ingreso de dicho animal al lote de los actores haya sido una consecuencia de una conducta irresponsable de aquellos que configure una causal exculpatoria de la obligación de los demandados (art. 1113, cód. civil), no cabe duda de que el propietario del perro es responsable no solo de los daños que este causó a los actores al ingresar a su jardín y atacar a su mascota hasta provocarle su fallecimiento, sino que también le es atribuible responsabilidad al consorcio codemandado, pero no de manera solidaria, sino en una proporción, pues debe responder en mayor medida el dueño del animal. M.M.F.L.

60.96 – C1^oCC San Isidro, sala I, febrero 1-2019. – B., F. M. y otro/a c. S., F. M. y otro/a s/daños y perj. del./cuas. (exc. uso aut. y Estado).

En la Ciudad de San Isidro, Provincia de Buenos Aires, a los 1 días de febrero de 2019 se reúnen en Acuerdo los señores Jueces de la Sala Primera de la Cámara Primera de Apelación en lo Civil y Comercial del Departamento Judicial de San Isidro, Dres. Hugo O. H. Llobera y Carlos Enrique Ribera, para dictar sentencia en el juicio: “B., F. M. y otro/a c/ S., F. M. y otro/a s/daños y perj. del./cuas. (exc. uso aut. y Estado)” y habiéndose oportunamente practicado el sorteo pertinente (arts. 168 de la Constitución de la Provincia de Buenos Aires y 263 del Código Procesal Civil y Comercial), resulta que debe observarse el siguiente orden: Dres. Llobera y Ribera, resolviéndose plantear y votar la siguiente cuestión:

¿Debe modificarse la sentencia apelada?

A la cuestión planteada el señor juez doctor Llobera, dijo:

I. LOS ANTECEDENTES DE LA CAUSA

1. La demanda

Los actores promueven demanda por daños y perjuicios contra F. M. S. y de manera solidaria contra el Consorcio de Propietarios del Barrio Santa Bárbara del partido de Tigre, Provincia de Buenos Aires. En su escrito inicial expresan:

• Que el día 12 de julio de 2011, aproximadamente a las 20.15 horas, F. M. B. se encontraba en su casa ubicada en el lote 627, junto con sus hijas pequeñas, cuando el perro de raza Bull Terrier, propiedad del demandado, ingresó a su jardín y atacó de manera brutal y feroz a su mascota “Reina”, de raza Yorkshire.

• Que el animal agresor, con su “presa” entre sus mandíbulas, salió de su propiedad y se introdujo en la del vecino, donde fue hallada aquella sin vida.

• Que se presentó la seguridad del barrio, se tomaron fotografías de ambos perros y del lugar donde se produjo el ataque, es decir, en su propio jardín.

• Que luego de lo ocurrido, el Bull Terrier continuaba con una actitud agresiva y amenazante, que llamaron a la policía, y que con bastante dificultad pudieron reducirlo y llevarlo al canil.

• Que unos vecinos les informaron que ya había cometido varios hechos violentos, que se trataba de un perro de pelea y que el dueño había sido sancionado.

• Que el Gerente de Seguridad del Barrio, les informó el historial de las sanciones aplicadas al propietario del lote 766 con relación al Bull Terrier; que le habían aplicado tres multas con fecha 11-8-2010, 27-8-2010 y 1-10-2010 por hallarse suelto en la vía pública y les aclaró que la tercera, fue fruto de una agresión que sufrió la familia del lote 265; también les manifestó que el día 17 de noviembre de 2010 la administración le comunicó de manera fehaciente a S. que debía retirar a su perro del barrio, pero que al parecer no lo cumplió.

• Que el Reglamento de Convivencia permitía la tenencia de animales domésticos e inofensivos y responsabilizaba a los propietarios de cualquier daño que pudieran ocasionar.

• Que prohibía el ingreso o permanencia de toda mascota peligrosa; y que si ya habitaban en el barrio sólo podían permanecer en la medida que no protagonizaran ningún hecho de agresión, en cuyo caso prevenía la expulsión automática.

• Que al tiempo de este ataque su propietario ya había sido multado varias veces y sancionado con el retiro del animal, sin embargo, violó la orden de la administración del Consorcio, del Reglamento de convivencia y de la ley 14.107 de la Provincia de Buenos Aires; con ello queda demostrado el actuar irresponsable del demandado.

• Que luego del incidente la Administradora le respondió una carta documento, en la cual reconoció que el animal reingresó al barrio y que se intimó nuevamente al propietario bajo apercibimiento de aplicar sanciones, pero aun sabiendo de la peligrosidad del animal no ejecutó la expulsión.

• Que el administrador tiene la capacidad legal y responsabilidad de hacer cumplir el reglamento de convivencia, instrumento de naturaleza contractual al cual adhieren todos los propietarios y debió proceder conforme lo faculta el art. 15 de la ley 13.512 efectuando la denuncia ante el juez competente.

• Que dada la omisión, negligencia e inacción de este último el consorcio debe responder por el acto erróneo o equívoco del mandatario y por ello resulta responsable por el hecho dañoso que deviene del ingreso del animal al barrio.

• Que todo lo expuesto les ocasionó los daños por los que reclaman.

Ofrecen prueba y piden que se haga lugar a la demanda (fs. 77/97).

2. La contestación de demanda

El Consorcio de Propietarios Barrio Santa Bárbara se presenta (fs. 124/128) y opone excepción de falta de legitimación pasiva. En su defensa manifiesta:

• Que su parte resulta ajena al hecho, pues ocurrió dentro de la propiedad de los actores (lote 637) y con el perro de un vecino (lote 766).

• Que los demandantes no demostraron los motivos de la supuesta responsabilidad solidaria que le imputan.

• Que el Consorcio no tiene el poder de policía para llevar adelante expulsión alguna, que sólo se encuentra legitimado a aplicar sanciones y no tiene injerencia ni control alguno sobre los espacios privados.

• Que los propietarios de los animales son los únicos responsables de cualquier daño o molestia, tal como lo transcribe el reglamento.

• Que el 23 de agosto de 2011, les informó a los actores mediante carta documento que luego del hecho se ordenó y se notificó la expulsión del animal, que se dio cumplimiento; que lo reingresaron y que nuevamente se dispuso el retiro, lo cual ocurrió.

• Que lo expuesto demuestra que no existió un actuar negligente y que no le resulta aplicable el art. 1077 del C. Civil.

• Que no hay nexo causal entre el obrar del Administrador, quien dispuso la expulsión del animal el 17 de noviembre del 2010, y el ataque entre animales de propiedad privada ocurrido el 12 de julio de 2011.

Pide que se rechace la demanda, con expresa imposición de costas.

II. LA SENTENCIA

El fallo rechaza la falta de legitimación intentada, con costas al excepcionante y hace lugar a la acción interpuesta por F. M. B. y M. E. G., por sí y en representación de sus hijas J., A. y E. B. Condena a F. M. S. y al Consorcio de Propietarios del Barrio Santa Bárbara a abonarles la suma total de \$110.400, con más los intereses que establece. Impone las costas de manera solidaria a los codemandados vencidos. Difiere la regulación de honorarios de los profesionales intervinientes, para la oportunidad legal (fs. 441/449).

III. LA APELACIÓN

El Consorcio de Propietarios codemandado apela (fs. 450) y expresa agravios mediante escrito electrónico del día 26-9-2018, los que son respondidos por la parte actora el 12-10-2018.

El demandado apela (fs. 453) pero luego desiste del recurso (fs. 455).

La Asesora de Menores se notificó del estado de las actuaciones (fs. 467).

IV. Los AGRAVIOS

a. El planteo

La Magistrada valoró la prueba aportada y con fundamento en los arts. 1113, 1124, 1126 y cdtes. del Código Civil le atribuyó al codemandado dueño del animal agresor la responsabilidad en la producción del hecho y en forma solidaria al consorcio de propietarios. Respecto de este último, consideró que desplegó una conducta omisiva en su rol de contralor en torno al cumplimiento de las normas de convivencia del barrio.

Sólo se agravia el Consorcio y para sostener su queja argumenta:

• Que la sentencia se funda en un supuesto ejercicio defectuoso del poder de policía de seguridad y no por ser responsable de los daños y perjuicios ocasionados por la pérdida de una mascota, que es el objeto de la demanda.

• Que no existe nexo de causalidad, pues el hecho se produjo en el jardín de los actores y no en espacio común, y entre dos mascotas ajenas al Consorcio, y en circunstancias en las que su lote se encontraba abierto con acceso desde el espacio común, violando la obligación de mantenerlo cerrado, permitiendo que un perro suelto ingrese a su propiedad, lo cual da cuenta de la responsabilidad de los demandantes y la falta de nexo entre la muerte de la mascota y su parte.

• Que la Magistrada reconoce de manera previa los límites del control en cuanto a la imposibilidad del consorcio de remover de una propiedad privada a dicho can y luego interpreta que podría haber realizado la denuncia por ante la fiscalía de turno, sin embargo no resulta obligatorio, ni se encuentra previsto en la reglamentación.

• Que no surge de la sentencia el fundamento por el cual se lo condena de manera solidaria.

• Que la ley 14.107, que la Jueza de grado menciona, prevé que debe realizarse la inscripción de los perros ante los Municipios, pero no por ante los consorcios.

• Que dicha normativa no le otorga a un consorcio poder de policía, por lo tanto no ha existido una conducta omisiva desde el punto de vista legal ya que no hay norma, ni reglamento que le otorgue herramientas a un consorcio de propietarios para actuar frente a un hecho como el ocurrido; que ninguna norma lo faculta a allanar domicilios a tal fin.

• Que no puede ser igual la responsabilidad del propietario del animal agresor, que aquella que de manera injusta se le atribuye a su parte.

• Que se verificó la existencia del animal prohibido y se multó a su propietario, cumpliendo así con las obligaciones que le impone su propia normativa (reglamento).

• Que si le cabe algún reproche, sus acciones no pueden ser apreciadas igual que las del propietario del animal, quien debe responder por ser su dueño y por haber violado la normativa interna y provincial.

Pide que se revoque la sentencia o en caso de que se confirme que se distribuya la responsabilidad de manera diferente, achacándole la mayor parte al demandado propietario del animal causante del daño.

Los actores al responder, destacan la falsedad de los hechos que describe pues en ningún momento han manifestado ni reconocido, como expresa el Consorcio, que el lote se encontraba abierto, con acceso directo desde el espacio común o que el hecho ocurriera en propiedad privada.

Sostienen que de la prueba testimonial, surge claramente que el perro se encontraba en espacio común cuando fue

descubierto por los vecinos. Hacen hincapié en la pericial informática. Reiteran los argumentos expuestos en el escrito de inicio y piden que se desestimen los agravios y se confirme el decisorio, con costas en ambas instancias.

b. El análisis

i. El derecho aplicable

Para determinar el derecho aplicable cabe tener presentes los hechos relatados por las partes, el tiempo en que ocurrieron y los términos en que la situación tuvo lugar, como así también la incidencia que en el caso tenga la sanción del Código Civil y Comercial de la Nación (ley 26.994) vigente desde el 1º de agosto de 2015 (ley 27.077).

El art. 7 del CCCN dispone que *a partir de su entrada en vigencia, las leyes se aplican a las consecuencias de las relaciones y situaciones jurídicas existentes. Las leyes no tienen efecto retroactivo, sean o no de orden público, excepto disposición en contrario. La retroactividad establecida por la ley no puede afectar derechos amparados por garantías constitucionales. Las nuevas leyes supletorias no son aplicables a los contratos en curso de ejecución, con excepción de las normas más favorables al consumidor en las relaciones de consumo.*

En el caso, resulta aplicable la ley en vigor al momento en que ocurrió el hecho y se produjo el perjuicio (12-7-2011); es decir, el Código Civil, toda vez que la obligación de repararlo nació en el tiempo en que las partes debieron adecuar sus conductas a las normas vigentes a esa fecha. A su vez, el atribuido incumplimiento a las obligaciones correspondientes al consorcio demandado se habría producido durante la plena vigencia del cuerpo legal ahora derogado.

ii. La responsabilidad contractual del consorcio de propietarios

Cabe mencionar en primer lugar que el demandado en su contestación de demanda afirmó que el Consorcio de Propietarios del Barrio Santa Bárbara se encuentra sometido al régimen de propiedad horizontal regulado por la ley 13.512 (fs. 124 vta.).

Para facilitar la convivencia pacífica dentro de los edificios o de barrios como el que nos ocupa, se sancionan los llamados reglamentos internos, lo cuales determinan pautas de vida, restricciones, prohibiciones y deberes de aquellos, consorcistas o terceros, que de alguna manera lo habiten o transiten.

Con frecuencia se insertan cláusulas relativas a la tenencia de animales y sanciones específicas para el caso que aquél ocasione algún perjuicio o molestia, como ocurre en el presente.

Según la normativa de fondo derogada, resulta de aplicación el art. 1124 del C. Civil, el cual preveía que el dueño del animal que por cualquier motivo altere la tranquilidad y vida de otros consorcistas debe responder por el perjuicio que ocasione y complementado con el art. 6 de la ley 13.512.

Este último menciona actos contrarios a la moral y buenas costumbres, pero también contrarios a los fines previstos en el reglamento de copropiedad, perturbar de cualquier manera la tranquilidad. Y el art. 15 dispone que ante las violaciones a aquel se realizará la denuncia ante el juez competente y acreditada la transgresión, entre otras sanciones se procederá a hacer cesar la infracción.

Si la violación consiste en la tenencia de un animal doméstico prohibida también se trata de una infracción a la ley 13.512 y al reglamento de copropiedad (Alberto Aníbal Gabás, “Derecho práctico de propiedad horizontal”, pág. 560).

Si los consorcistas han infringido el reglamento interno al poseer perros, provocando serias molestias que alteran la tranquilidad que tienen que gozar los demás vecinos, corresponde condenarlos a excluirlos de sus unidades, bajo apercibimiento de las aplicaciones de las sanciones que establece el art. 15 de la ley 13.512 (Elena I. Highton, “Propiedad horizontal y prehorizontalidad”, pág. 265).

La obligación de cumplir y hacer cumplir el reglamento se encuentra en cabeza del administrador en representación del consorcio, quien debe custodiar los bienes comunes, velar por la tranquilidad, y tratar de evitar daños y problemas en la propiedad horizontal. Sin embargo, a diferencia de cualquier otra persona jurídica, carece de poder disciplinario y cualquier tipo de infracción requiere que se

proceda por vía judicial a efectuar el reclamo pertinente (págs. 560/561 obra citada).

Cuando lo considere necesario, puede decidir ir a la justicia sin necesidad de requerir mandato especial, ya que la propia ley no sólo lo faculta sino que lo obliga (art. 15). También tiene ese derecho el consorcista afectado, cuando acredite el daño que le ocasionó la actitud violatoria a las normas.

iii. La prueba producida

Bajo estas premisas y a luz de la prueba aportada, debe determinarse si el Consorcio resulta responsable por el hecho dañoso, y en tal caso, si lo es en forma solidaria.

La parte actora imputa al consorcio la responsabilidad por haber omitido ejercer las acciones tendientes a dar efectivo cumplimiento al reglamento de convivencia y a las sanciones que fueron impuestas al propietario de la unidad funcional N° 766, lo cual a su entender, dio motivo al ataque del animal peligroso y le generó el daño resarcible por el que reclama.

El accionado afirma que la ley no le otorga el poder de policía y tampoco el reglamento de copropiedad; que no obra nexo de causalidad y no es responsable por la muerte de un perro en propiedad privada y por la riña de dos canes.

La Sentenciadora valoró las pruebas y consideró que el Consorcio con su accionar, como autoridad de aplicación de las normas de convivencia, podría haber minimizado los daños que la presencia del perro propiedad del demandado venía ocasionando. Responsabilizó al apelante por la actitud omisiva y lo condenó a resarcir los daños causados. Debo adelantar que comparto lo resuelto, aunque de un modo parcial.

En primer término cabe señalar que no se encuentra cuestionada la ocurrencia del hecho.

Los testimonios de L. O. A., M. R. G. y F. J. F. B. F. dan cuenta de las circunstancias que rodearon al hecho. Afirieron que vieron al perro del demandado S. de raza Bull Terrier con manchas de sangre, deambulando sin su dueño e intentando ingresar a sus lotes. Explicaron según su percepción lo sucedido con posterioridad al ataque del animal a la perrita “Reina”, del modo en que falleció esta última y del estado emocional del actor y de sus hijas (fs. 168/173).

No obran pruebas que acrediten que los actores hubieren dejado la puerta abierta o que de algún modo infringieran alguna de las normas reglamentarias, contribuyendo al ingreso del animal a su lote o a la provocación del animal o a la ocurrencia del hecho lesivo.

La pericial informática aporta datos relevantes en relación al incidente, comunicaciones y sanciones, necesarios para dilucidar el grado de responsabilidad del consorcio. El perito se presenta en la oficina de Administración del barrio, y accede al sistema informativo del consorcio demandado. Valida que a la fecha del accidente existía documentación oficial, la cual estaba a disposición de los propietarios y específicamente de los moradores del lote 766, quienes habían sido advertidos sobre el contenido de aquellos documentos con relación al perro que originó el incidente. Para mejor ilustración, extrae copias de todas las evidencias que estuvieran en poder de la administración. Adjunta: 1) Reglamento de convivencia y su anexo publicado el día 1-5-2009, la modificación de mayo 2007, puntualmente en relación a las mascotas; 2) Comunicación de la Administración del Barrio al propietario del lote 766 de fecha 17-11-2010 y de fecha 2-9-2011; 3) Comunicación de la Administración del Barrio a todos los vecinos, sin fecha, informando sobre el incidente; 4) Resumen de cuenta corriente del lote 766; 5) Correo electrónico enviado por R. R. en respuesta a uno del Sr. P. G. (fs. 316/385). Este informe no mereció ninguna observación de las partes.

De tal documentación se aprecia que el Reglamento de Convivencia complementario del de Copropiedad del Consorcio del Barrio Santa Bárbara (fs. 339) establece las normas de conducta y vida que deben respetar los integrantes del emprendimiento y todos los vecinos copropietarios y dispone que su cumplimiento es obligatorio y su vulneración puede ser sancionada. Tipifica las conductas no aptas para una armónica convivencia, consideradas como productoras de una disminución de la calidad de vida de los vecinos y establece las sanciones disciplinarias en caso de que se incurra en alguna infracción. Dispone que

la Administración y Gerencia será el órgano competente para su aplicación y la detección de las infracciones, y comprobación serán efectuadas por esta última, por miembros del Consejo de Administración, por el personal de la guardia, por la Gerencia Operativa o aquellas personas que sean asignadas a tal tarea (art. 94 del R.C. fs. 351). Indica que el objeto de las sanciones que se apliquen por la infracción o el incumplimiento de alguna de las normas es la prevención y disuasión de futuras infracciones y de lograr una garantía de respeto a las modalidades y de valores traducidos a todas las normas dictadas al efecto (art. 91). En el art. 7 bis prohíbe en el ámbito del barrio en forma permanente o transitoria el ingreso o la permanencia de toda mascota peligrosa. En caso de peligrosidad debidamente comprobada y a juicio del Consejo de Administración se procederá a la expulsión del animal, el que no podrá volver a ingresar al barrio (fs. 355).

La ley 14.701 promulgada en el año 2009, establece la normativa aplicable a la tenencia de animales potencialmente peligrosos para hacerla compatible con la seguridad de las personas y otros animales. Señala el cumplimiento de determinados requisitos relativos a la inscripción, modo en que debe circular el animal en espacios públicos, medidas de seguridad donde se aloje (art. 8). Dispone que las autoridades de aplicación del Registro notificarán de inmediato a las autoridades administrativas o judiciales competentes, cualquier incidencia que conste en el Registro para su valoración y en su caso, adopción de sanciones u otras medias (art. 7). En el anexo I indica que el Bull Terrier se encuentra entre las razas alcanzadas con estas disposiciones (fs. 68).

El consorcio en sus agravios indica que no ha existido una conducta omisiva desde el punto de vista legal. No comparto el argumento defensivo.

En el caso quedó probada la responsabilidad del propietario del animal pero debo adelantar que también ha mediado falta de diligencia en el cumplimiento de la obligación contractual asumida por el Consorcio en el reglamento de copropiedad y el complementario de convivencia.

EDICTOS

CIUDADANÍA

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 8 a cargo del Dr. **Marcelo Gota**, secretaria N° 16 a mi cargo, sito en Libertad 731 7º Piso de Capital Federal, hace saber que DOUGLAS ASDRUBAL LOZADA ARZOLAY de nacionalidad VENEZOLANA con DNI 95.631.896 ha peticionado la concesión de la ciudadanía argentina, a fin de que los interesados hagan saber a este Juzgado las circunstancias que pudiesen obstar a dicho pedido. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 27 de diciembre de 2018. **Sebastián A. Ferrero**, sec.

L. 10-4-19. V. 11-4-19 269

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 10, secretaria N° 20, sito en Libertad 731 9º Piso de esta ciudad, informa que la Sra. **MARINA CELESTE ORTIZ ACEVEDO** de nacionalidad PARAGUAYA con D.N.I. N° 94.361.595 ha iniciado los trámites tendientes a obtener la ciudadanía argentina. Por ello cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que estimara podría obstar a dicha concesión, deberá hacerlo saber a este Juzgado. Publíquese por dos días. Buenos Aires, 27 de marzo de 2019. **Matías Abraham**, sec. int.

L. 10-4-19. V. 11-4-19 270

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 7, a cargo del Dr. **Javier Pico Ferrero**, Secretaria N° 14, a mi cargo, sito en Libertad 731, 6º piso de la CABA, comunica que el Sr. **PETER SAINT PAUL**, con Pasaporte Haití N° SD5021445, nacido el 17 de marzo de 1985 en Cayes-Jacmel, República de Haití, ha solicitado la declaración de la ciudadanía argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese 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, 28 de marzo de 2019. **Fernando G. Galati**, sec.

L. 10-4-19. V. 11-4-19 268

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Civil y Comercial Federal N° 5, Secretaría N° 10, sito en Libertad 731 piso 10º de Capital Federal, hace saber que **VILORIA FIGUEROA DANIELA**, DNI N° 95381472 de nacionalidad Venezolana y de ocupación empleada, ha iniciado los trámites tendientes a la obtención de la Ciudadanía Argentina. Cualquier persona que tuviere conocimiento de algún acontecimiento que pudiese obstar a dicha concesión, deberá hacer saber su oposición fundada al Juzgado. Publíquese por dos veces, en el lapso de quince días. Buenos Aires, 21 de marzo de 2019. **M. Andrea Salamendy**, sec.

L. 10-4-19. V. 11-4-19 267

CONCURSOS

El Juzgado Nacional de Primera Instancia en lo Comercial Nro. 18, a cargo de la Dra. **Valeria Pérez Casado**, Secretaria Nro. 35 a cargo del Dr. **Santiago Blas Doynel**, con asiento en Marcelo T. de Alvear 1840 piso 3, hace saber que con fecha 15 de marzo de 2019 se decretó la apertura del Concurso Preventivo de P.T. S.A. CUIT Nro. 30-66100313-4 con domicilio social en Paraná 467 piso 6 oficina 23 de la Ciudad Autónoma de Buenos Aires, inscripta por ante la IGI con fecha 31.05.1993, bajo el Nro. 4550 Libro 113, tomo A de Estatutos de S.A. Se informa a los acreedores que se ha fijado el día 10 de mayo de 2019 fecha hasta la cual podrán presentar los pedidos de verificación ante el Síndico Faure - García Contadores Públicos, con domicilio en Libertad 480, piso 2 de CABA. Se hace saber que se ha fijado el día 25 de junio de 2019 para que el síndico presente el informe previsto por el art. 35 y del art. 39 el día 06 de setiembre de 2019.- Se ha designado el día 17 de marzo de 2020 a las 11,00 hs., a los efectos de realizar audiencia informativa conforme al art. 45 de la L.C., que se llevará a cabo en la sede del Juzgado y el plazo de exclusividad vencerá el 25 de marzo de 2020. Publíquense por cinco días. Buenos Aires, 27 de marzo de 2019. **Santiago Doynel**, sec.

L. 8-4-19. V. 12-4-19 9



EL DERECHO

EL DERECHO

Diario

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

Propietario Universitas S.R.L. Cuit 30-50015162-1
Av. Alicia Moreau de Justo 1400 - PB, Contrafrente - Depto.
de Ediciones de la UCA, editoriales EDUCA y El Derecho

Redacción y Administración:

Tel.: (011) 4349-0277

e-mail: elderecho@elderecho.com.ar • www.elderecho.com.ar

Entre las conductas desplegadas por el Consorcio como consecuencia de este animal "peligroso", cabe señalar que por intermedio de la Seguridad del Barrio se ocupó de comunicar el accidente a los vecinos. En tal aviso, afirmó que un animal nombrado como raza peligrosa ingresó a un jardín de un vecino y mató a un perro de raza Yorkshire. Calificó el incidente como grave por su naturaleza y reconoció que impactaba a la comunidad del Barrio en forma potencial. Reconoció que el perro no estaba censado, que había escapado de su lote e ingresado a otro vecino, que no utilizaba bozal, que la víctima podría haber sido una persona y que el propietario del Bull Terrier no cumplió con ninguna de las normas vigentes (fs. 361).

La nota obrante a fs. 359 de fecha 2-9-2011 dirigida al propietario del animal y de lote 766 da cuenta de que a raíz de este hecho, el 12 de agosto le solicitaron a S. el retiro del animal del barrio; que la administración constató su incumplimiento y por ello le aplicaron una sanción de convivencia equivalente a tres expensas ordinarias y le otorgaron cinco días para que proceda a la expulsión del can.

Pero el reproche de los actores radica en una actitud negligente del Consorcio previa al hecho dañoso, pues ya había advertido la existencia del Bull Terrier y observado su peligrosidad.

En efecto, según surge de la documentación agregada por el perito informático (fs. 357), el Consorcio tenía conocimiento de la presencia de dicho animal en el Barrio desde el año 2010 (fs. 357), es decir un año antes del incidente. Sabía de su agresividad e infracción y ya lo había sancionado con la expulsión, sin embargo no constató ni vigiló que se efectivizara el retiro o si persistía la violación al reglamento interno, como sí lo hizo luego del ataque por el cual se reclama en este proceso (fs. 359).

En mi opinión, el recurrente no efectuó suficientes gestiones para lograr el cumplimiento de la medida que le impuso al propietario del lote 766. Tampoco denunció la infracción en sede judicial o administrativa.

Los argumentos que expone en los agravios, no alcanzan para restarle su responsabilidad. Debió prever que podía impactar en la comunidad de manera directa tal como ocurrió, y ya no en forma potencial, según señaló la Seguridad del Barrio en la nota mencionada más arriba. No cabe duda de que a partir de esta actitud indiferente derivaron los daños y perjuicios por los que se reclama y por ello debe cargar con las consecuencias que su negligencia acarreó (arts. 512, 902, 1109 del Cód. Civ.).

Si la intención del accionado era demostrar que se encontraba cumplida su obligación de vigilancia en la observancia de las normas, debió activar la prueba a tal fin y no lo hizo.

El art. 512 del C. Civil establecía que la culpa del deudor en el cumplimiento de la obligación consistía en la omisión de aquellas diligencias que exigiere la naturaleza de la obligación y que correspondiesen a las circunstancias de las personas, del tiempo y del lugar. El 1724 del CCCN dispone en sentido similar al contemplar como factor subjetivo de atribución de responsabilidad a la culpa, la que "... consiste en la omisión de la diligencia debida según la naturaleza de la obligación y las circunstancias de las personas, el tiempo y el lugar. Comprende la imprudencia, la negligencia y la impericia en el arte o profesión...". Es más, prescribe que el dolo no sólo se configura por la producción de un daño de manera intencional sino también cuando se obra "... con manifiesta indiferencia por los intereses ajenos".

El art. 902 del C. Civil establecía que "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor será la obligación que resulte de las consecuencias posibles de los hechos". En similar sentido el art. 1725 del CCCN establece que "Cuanto mayor sea el deber de obrar con prudencia y pleno conocimiento de las cosas, mayor es la diligencia exigible al agente y la valoración de la previsibilidad de las consecuencias...".

La accionada no consideró el alcance de la obligación

de evitar un daño con su conducta. Apreció que en verdad dicha obligación ya se hallaba implícita en el Código Civil en tanto imponía la obligación de reparar los daños oca-

sionados. En la actualidad ese deber de prevenir el daño se encuentra previsto de modo expreso (art. 1710, CCCN).

En definitiva, habiendo constatado con anterioridad al hecho la presencia del Bull Terrier en el barrio, propiedad del codemandado S., que deambulaba por la vía pública suelto y sin cuidador, y se trataba de un animal de raza peligrosa y prohibida –según el reglamento interno del Barrio y la ley 14.107– (fs. 357 y 371) y que había manifestado su agresividad con otros copropietarios, debió extender todos los recaudos para hacer efectiva la medida, a través de los medios legales previstos en la ley de propiedad horizontal, 13.512 y en la ley provincial 14.701 a fin de evitar las consecuencias dañosas motivo de este litigio.

Por otra parte, no se ha probado que el ingreso del Bull Terrier al lote de los actores haya sido una consecuencia de una conducta irresponsable de aquellos que configure una causal exculpatoria de la obligación de los demandados (art. 1113 del C. Civil).

No cabe duda de que el propietario del perro Bull Terrier es responsable de los daños que les causó a los actores al ingresar a su jardín y atacar a su mascota hasta provocar su fallecimiento, pero aprecio que también le cabe al consorcio cierto grado de responsabilidad en el evento, aunque no solidaria sino concurrente.

Cabe recordar que la solidaridad constituye una excepción a los principios del derecho común que indican una repartición de la deuda entre los obligados. Y por tratarse de un supuesto de excepción, no hay solidaridad tácita o inducida por analogía, requiriéndose para admitirla una voluntad explícita de las partes o una decisión inequívoca de la ley; toda duda al respecto importa ausencia de solidaridad (Llambías, Jorge J., *Tratado de derecho civil. Obligaciones*, t. II, pág. 458, arts. 699 y 701 del C. Civil). En la obligación solidaria existe unidad de causa, no así en la concurrente.

En mi opinión no resulta aplicable al caso que nos ocupa. Considero que las obligaciones respecto del daño deberán determinarse en función del grado de influencia causal de cada conducta más allá del grado de culpa que a cada interviniente pueda atribuirse (Llambías, "Tratado... Obligaciones", tomo III, n° 2293).

En virtud de todo lo analizado, en mi parecer, los fundamentos del recurrente en cuanto a la responsabilidad deben ser rechazados, aunque de manera parcial, pues como he expresado no le es atribuible de manera solidaria sino en una proporción. Pues debe responder en mayor medida el dueño del animal, quien infringió las normas de convivencia, la ley de propiedad horizontal y la ley 14.107; y con su actitud desaprensiva provocó de manera directa el daño a los actores.

NOVEDADES 2019

Código Civil
y Comercial
de la Nación

Texto aprobado por la ley 26.994

Nueva
edición
2019

EL DERECHO

CÓDIGO CIVIL Y COMERCIAL

NUEVA EDICIÓN 2019

El Derecho

2019

520 páginas

ISBN 978-987-3790-85-0

Venta telefónica: (11) 4349-0200, int. 1177

Compra online: ventas@elderecho.com.ar

www.elderecho.com.ar

Considero adecuado a las circunstancias del caso asignar la responsabilidad al demandado F. M. S., en un 70 % y al Consorcio de Propietarios del Barrio Santa Bárbara en un 30 % (art. 1113 últ. parte del Cód. Civ., en igual sentido art. 1729 del CCCN).

c. La propuesta

En virtud de todo lo expresado y lo dispuesto por los arts. 512, 902, 1109, 1124, 1113 del C. Civil (en simi- lar sentido arts. 1710, 1716, 1737/1740, 1757 y 1759 del CCCN); leyes 13.512 y 14.107, arts. 375, 384, 474 y conc. del CPCC., propongo al Acuerdo modificar la sentencia apelada en el sentido que la responsabilidad no es solida- ria sino concurrente, la que deberá distribuirse en un 70 % al demandado F. M. S. y en un 30 % al Consorcio de Pro- pietarios del Barrio Santa Bárbara.

VI. [*sic*] LAS COSTAS DE PRIMERA INSTANCIA Y DE LA ALZADA

La sentenciadora impuso las costas a los demandados en forma solidaria. En atención al modo en que propongo resolver los agravios en torno a la responsabilidad, postulo al Acuerdo modificar la imposición de costas decidida en Primera Instancia, debiendo soportarlas los demandados, en la proporción que les corresponda en virtud del porcen- taje que les fue atribuida, es decir, en un 70 % a S. y en un 30 % al Consorcio (art. 68 del CPCC).

En cuanto a las de la Alzada deben imponerse al recu- rrente en un 30 % y en un 70 % al codemandado vencido (art. 68 del CPCC).

Por todo lo expuesto, voto por la afirmativa.

Por los mismos fundamentos, el señor juez doctor *Ribe- ra* votó también por la afirmativa.

Por lo expuesto en el Acuerdo que antecede, se modi- fica lo decidido en primera instancia en el sentido que: 1) Se establece que la responsabilidad concurrente derivada del evento dañoso es atribuida a F. M. S., en un 70 % y al Consorcio de Propietarios del Barrio Santa Bárbara en un 30 %; 2) En cuanto a la imposición de costas, deberán soportarlas los demandados, en la proporción que les co- rresponda en virtud del porcentaje de responsabilidad que les fue atribuida.

Las costas de esta Alzada se imponen en un 30 % al apelante y en un 70 % al codemandado vencido.

Se difiere la pertinente regulación de honorarios para su oportunidad (arts. 31, 51 del decreto ley 8904/77 y arts. 51 ley 14.967 y 7 CCCN).

Regístrese, notifíquese y devuélvase. – *Hugo O. H. Llo- bera*. – *Carlos E. Ribera* (Sec.: Santiago J. Lucero Saá).